Br. 219

Die Auflage bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation,

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität zu Breslau

eingereicht

und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Eberhard Neugebauer,

Referendar bei dem Königlichen Landgericht zu Breslau.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Breslau 1904.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Jörs.
Korreferent: Geh.-Rat Leonhard.

Prof. Jörs, Dekan.

Herrn Professor Dr. Antonio Abetti,

Direktor der Königlichen Sternwarte zu Arcetri-Florenz,

in Verehrung gewidmet

vom Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0030

Einleitung.

Es kommt im Rechtsleben häufig vor, dass mit einer Schenkung oder einer letztwilligen Verfügung der Schenker oder Erblasser nicht nur den einen Zweck der Bereicherung eines anderen, sondern durch Verpflichtung desselben zu einem Tun oder Unterlassen noch einen anderen Zweck zu verwirklichen strebt. Entweder erwartet der Zuwendende von dem Bedachten für das durch die Schenkung oder die letztwillige Zuwendung bewiesene Vertrauen seinerseits einen besonderen Ausdruck von Dankbarkeit[1]) und Rücksichtnahme oder ein besonderes Entgegenkommen in Form irgend einer Handlung oder Unterlassung[2]) oder er will durch die Zuwendung noch einem Dritten einen Vorteil zuwenden, indem er eine bestimmte Verwendung der Zuwendung[3]) vorschreibt.

Zu dem die Zuwendung enthaltenden Rechtsgeschäft tritt somit eine einen zweiten Zweck verfolgende, sogenannte „Zwecksatzung", „Zweckbestimmung" hinzu.

Allerdings ist hierbei festzuhalten, dass in den Fällen, die wir hier im Auge haben, nach der Absicht des Zuwendenden der zunächst verfolgte Bereicherungszweck nie-

[1]) Z. B. Vermächtnis mit der Bestimmung, das Grab des Erblassers zu unterhalten, den Namen des Erblassers anzunehmen, dessen Büste öffentlich aufzustellen.

[2]) Schenkung einer Geldsumme, mit der Bestimmung, nicht mehr zu rauchen.

[3]) Schenkung einer Geldsumme an einen anderen, damit dieser seine Kinder ordentlich erziehe.

mals soweit gegenüber jenem anderen Zweck zurücktritt, dass die Bereicherung durch die Zuwendung eben nur das Mittel zur Erreichung jenes ist. Hier ist vielmehr die Bereicherung Selbstzweck und stellt sich als Hauptzweck dar, demgegenüber jener andere ausserdem verfolgte Zweck sekundärer Natur ist und nur dazu dient, ich möchte sagen, den ersteren zu qualifizieren. Die um des sekundären Zweckes willen dem Bedachten auferlegte rechtliche Verpflichtung, seinerseits das zu dessen Erfüllung Erforderliche zu tun, setzt der vollen Wirkung des Bereicherungszweckes eine Schranke, die ihn quantitativ oder qualitativ verändert, ohne ihn jedoch ganz aufzuheben. Wie könnte auch die Zuwendung überhaupt noch der Ausdruck eines besonderen Vertrauens zu dem Bedachten sein, wenn die Entstehung der Verpflichtung des Bedachten den primären, einzigen Zweck der Hingabe bildete, und eine Bereicherung des Bedachten gar nicht stattfinden würde oder doch wenigstens nur das sekundäre Moment wäre? Dem durch die Hingabe der Zuwendung dem Vermögen des Zuwendenden entstandenen minus stünde dann auch sofort das gleich grosse plus der rechtlichen Verpflichtung des Empfängers der Zuwendung gegenüber. Ein einfacher Austausch von Vermögenswerten, eine nüchterne Geschäftsoperation läge dann vor; von dem Bezeigen eines besonderen Vertrauens wäre dann keine Rede mehr.

Schon das römische Recht hat die Daseinsberechtigung dieser eigenartigen, einer freigebigen Zuwendung unter Lebenden oder von Todeswegen hinzugefügten, einen zweiten sekundären Zweck verfolgenden Zwecksatzung anerkannt, und ihm folgen auch die modernen Rechte: das gemeine Recht, das Allgemeine Landrecht Preussens, der Code civil Frankreichs, der Codice civile Italiens, das Bürgerliche Gesetzbuch Österreichs und das Deutschlands haben alle in mehr oder minder prägnanter Weise diesen Zwecksatzungen Rechnung getragen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch Deutschlands gibt ihnen den technischen Namen „Auflage“ und folgt damit der

Anregung des justinianischen, gemeinen Rechtes, das für sie als technischen Ausdruck „modus“ kannte.

Bei Regelung des modernen Begriffes „Auflage“ stützt sich das Bürgerliche Gesetzbuch Deutschlands, mit dem wir uns in der vorliegenden Arbeit beschäftigen, begreiflicherweise auf das bisher geltende Recht: sagen doch die Motive direkt, dass die Berechtigung der Aufstellung des Begriffes aus den „modernen Rechten“ [1]) hergeleitet ist. Mit Rücksicht darauf, dass der Begriff „modus“ in „den neueren Rechten“ [2]) vollständig eingebürgert sei, wird auch eine Definition des Begriffes „Auflage“ im Bürgerlichen Gesetzbuch — wenigstens bei Schenkungen — vermieden. Die neueren Rechte, auf die hier verwiesen ist, bauen sich aber ihrerseits wieder auf dem gemeinen Recht auf, das demnach für die „Auflage“ des Bürgerlichen Gesetzbuches die Grundlage bildet.

Eine erschöpfende Bearbeitung der Auflage des Bürgerlichen Gesetzbuches lässt sich demnach ohne Zurückgehen auf das gemeine Recht nicht erreichen. Im Gegenteil muss man zum richtigen Verständnis des für den heutigen Begriff vorbildlich gewesenen gemeinrechtlichen modus auch auf dessen geschichtliche Entwicklung eingehen.

[1]) Motive, Band II, Seite 299.
[2]) Motive, Band II, l. c.

§ 1.

Begriff der Auflage und seine Geschichte.

I. Geschichtliches.

a. Die verschiedenen Erscheinungsformen der Zwecksatzung und Auflage waren dem klassischen römischen Recht wohlbekannt. Indessen war in jener Zeit das Charakteristische dieser Zwecksatzungen in ihrer rechtlichen Behandlung noch nicht klar zum Ausdruck gekommen. Erst im Laufe der Entwicklung trat eine allmähliche Abspaltung des Begriffes der Zwecksatzungen bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen von den sonstigen Zwecksatzungen, den reinen dationes ob rem, ein. Die völlige Abschichtung des Begriffes erfolgte aber erst im justinianischen Recht. Und auch erst in diesem finden wir eine technische Bezeichnung, den für die ganze Folgezeit massgebenden Namen „modus".

Das klassische römische Recht hatte, wie überhaupt noch keinen besonderen Begriff, so auch noch nicht einen technischen Ausdruck für unsere Zwecksatzungen bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen. Drei Bezeichnungen sind es vor allem, die im klassischen Recht hier in Betracht kommen: condicio, iubere und lex.

Bei Verfügungen unter Lebenden hat condicio übrigens tatsächlich die Bedeutung einer „Abrede",[1]) die dem einen Teile irgend eine besondere, über das gewöhnliche Mass hinausgehende, Verbindlichkeit auferlegt. Dieser Umstand ermöglichte die Anwendung des Wortes condicio auf eine

[1]) Pernice, Labeo, Seite 30.

eine Verpflichtung begründende Abrede bei einem Übereignungsgeschäft.[1]) In dieser Bedeutung finden wir denn auch condicio in D. 23, 3 fr. 5 § 9 verwendet. Um eine wirkliche Bedingung handelt es sich in dieser Stelle[2]) nicht; das zeigt die völlig verschiedene Behandlung dieser „Abrede". Von einer technischen Verwendung des Wortes „condicio" für Auflagen finden wir aber keine Spur.

Ebenso stand es auch mit der Anwendung dieses Wortes bei letztwilligen Auflagen. Condicio gleich Auflage gesetzt begegnet uns frühestens bei Scaevola (D. 33, 1 fr. 21 § 3, D. 35, 1 fr. 108). Unzweifelhaft hat dann später Papinian in D. 35, 1 fr. 71 § 1 condicio für Auflage gesetzt. Indessen spricht gegen die technische Verwendung dieses Wortes, dass, wie in D. 40, 4 fr. 44 deutlich erkennbar ist, Modestin sich wohl bewusst ist, dass das, was er zwar ebenfalls condicio nennt, gar nicht eine wirkliche condicio ist (neque . . . suspensa est). Es handelt sich hierbei also nur um einen Notbehelf, zu dem gerade der Mangel eines Kunstausdruckes zwang.

Als Bezeichnung für Auflagen finden wir ferner iubere, iussio. Allerdings begegnet es nur bei Verfügungen von Todes wegen. Aber selbst bei diesen ist es nicht zu einer technischen Bezeichnung geworden, abgesehen davon, dass die Stelle der Digesten, in der iussio für Auflage gebraucht wird (D. 40, 4 fr. 44) der Interpolation verdächtig ist.[3])

Für Auflagen bei Schenkungen findet sich in klassischer Zeit noch das Wort lex,[4]) allerdings erst seit Papinian, bei dem es auch vollständig die Bedeutung von Auflage erhält. Die hier in Betracht kommenden Stellen sind D. 1, 5 fr. 22; D. 39, 5 fr. 33; D. 39, 6 fr. 42 § 1; D. 40, 2 fr. 20 § 1; D. 40, 8 fr. 8; D. 45, 1 fr. 135 § 3. Wenngleich das

[1]) Pernice, Labeo, S. 31.

[2]) D. 39, 5 fr. 2 § 7 spricht von einer reinen Zweckgabe, nicht von einem modus. Darüber vergl. unten S. 17 ff.

[3]) Pernice, Labeo, S. 24 ff.

[4]) Bei letztwilligen Auflagen kommt es nicht vor (darüber vgl. Pernice, Labeo, S. 19, besonders Anmerkung 2 daselbst).

Wort lex zur Bezeichnung „Auflage“ ein wenig unbestimmt ist, so war es doch den Ausdrücken condicio und iussio vorzuziehen, da es das Moment der „Verpflichtung“ durch die Anordnung besser als diese zum Ausdruck bringt. So erklärt sich denn auch, dass in einer verhältnismässig grossen Zahl von Stellen des Codex „lex“ für Auflage vorkommt. (Cod. 8, 53 c. 9, 22; Cod. 8, 54 c. 1, 2; Cod. 4, 6 c. 2, 3, 8.) Jedoch findet sich im Codex gleichzeitig neben lex der Ausdruck condicio (z. B. in Cod. 8, 54 c. 4, 5).

Gerade das Nebeneinanderstehen dieser drei verschiedenen Bezeichnungen lässt erkennen, dass keine von ihnen, auch nicht das Wort lex, solches Übergewicht erlangt hat, dass es als technische Bezeichnung zu erklären wäre.

Der der gemeinrechtlichen Wissenschaft geläufige Ausdruck „modus“ bezeichnet in den Digesten „Mass“ (D. 19, 1 fr. 2 pr.: si in emptione modus dictus est) oder Art und Weise (D. 8, 1 fr. 4 § 1, 2 modum adici servitutibus). Das Bestehen einer besonderen Civilklage, actio de modo agri,[1]) in der modus „Mass“ bedeutet, spricht direkt gegen die Verwendung des Wortes modus als Auflage in klassischer Zeit. Ferner spricht der Umstand dagegen, dass Scaevola das Wort nicht gebraucht, wo er den Unterschied zwischen modus und Bedingung auseinandersetzt (D. 35, 1 fr. 80).[2]) Auch Modestin erwähnt das Wort modus in D. 40, 4 fr. 44 nicht, obwohl es dort doch sehr nahe lag. Überhaupt findet sich das Wort „modus“ im Sinne von „Auflage“ nur an zwei Stellen in den Digesten, was von vornherein gegen den Gebrauch dieses Wortes als Kunstausdruck in klassischer Zeit spricht. Übrigens sind auch diese zwei Stellen (D. 35, 1 fr. 17 § 4 und D. 37, 5 fr. 3 § 6) nicht frei von dem Verdachte der Interpolation.[3])

Allerdings findet sich modus im Sinne von Auflage auch noch in der Titelrubrik D. 35, 1. Indessen ist diese,

[1]) Lenel, Edictum perpetuum, Seite 153.
[2]) Ferrini, Pandette, pag. 199 [1].
[3]) Pernice, Labeo, Seite 17 ff., und Ferrini, Pandette, pag. 199.

wie so manche andere, von den Kompilatoren ohne Anlehnung an klassische Schriften neu erfunden.

Als technische Bezeichnung findet sich „modus“ sonst noch in Cod. 6, 45 in der Rubrik und den zwei Konstitutionen,[1]) also schon zur Zeit Antonins und Gordians. Auch in der Rubrik von Cod. 8, 54, die jedenfalls justinianisch ist, wird das Wort modus als technisches gebraucht: in den Konstitutionen selbst wird allerdings dieser Ausdruck vermieden und lex (c. 1, 2) und condicio (c. 4, 5) gebraucht.

Noch zur Zeit Diokletians kann man demnach nicht von einer technischen Verwendung des Wortes modus für Auflage sprechen. Vielmehr hat erst das justinianische Recht die Bezeichnung modus für Auflage als technische anerkannt. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die alten Bezeichnungen des klassischen Rechts bestehen geblieben und nicht sämtlich durch modus ersetzt worden sind.

Aus dem justinianischen Recht ist dann der Ausdruck „modus“ als der allein massgebende in das gemeine Recht übergegangen.

Schon diese Entwickelung des Sprachgebrauches lehrt uns, dass die Grundlagen des gemeinrechtlichen modus erst im justinianischen Recht zu finden sind, weil dieses erst den modus als technisches Institut herausbildete.

Indessen müssen wir, um einen tieferen Einblick in den justinianischen und gemeinrechtlichen modus zu gewinnen,

[1]) Wenn Cod. 6, 45 c. 1 sagt: modus pro condicione observatur, so kann dies nicht mehr bedeuten, als dass die Wirkungen des modus im allgemeinen denen der condicio ähnlich sind. Wenngleich die Wendung noch etwas von der alten Zaghaftigkeit, den modus als besonderes Rechtsinstitut anzuerkennen, an sich hat, so steht doch soviel fest, dass die Römer, wenn sie hier zum Ausdruck hätten bringen wollen, dass der modus der condicio gleiche, sich einer anderen Wendung als gerade dieser bedient hätten. Vor allem wäre dann unerklärlich, weshalb sie eine neue technische Bezeichnung eingeführt haben, wenn sonst die Sache dieselbe geblieben wäre. (Vgl. auch Pernice, Labeo, Seite 298 Anm. 4.)

bis auf die klassische Zeit zurückgehen und untersuchen, in welcher Weise man damals den Bedürfnissen, denen man später durch Anordnung eines modus nachkam, gerecht wurde.

Bei der Schenkung als solcher treffen wir in klassischer Zeit keine formlosen Modusanordnungen.[1]) Denn war das Schenkungsversprechen in eine stipulatio gekleidet, so konnte man eventuell solche modale Anordnungen als Klauseln des Rechtsgeschäftes beifügen.[2])

Bei einer Schenkung durch mancipatio und in iure cessio der geschenkten Sache sind formlose Nebenabreden unmöglich. Hier kann eine Modusanordnung nur die Form einer fiduziarischen Abrede annehmen, die als Inhalt die Verpflichtung des Empfängers zur remancipatio und Rückzession bei, natürlich verschuldeter, Nichterfüllung des modus enthielt.[3])

Eine weitere Form der Modusanordnung ist die lex mancipii oder lex in iure cessionis, ein Nebenvertrag, der dem Beschenkten die Verpflichtung der Erfüllung des modus auferlegte.[4])

War die Schenkung durch traditio einer Sache vollzogen, so war die Hinzufügung einer lex dicta als obligatorischer Nebenvertrag erst seit der Annäherung der traditio an einen Vertrag möglich.[5]) Vorher war sie als ein natürlicher Akt unfähig, obligatorische Vereinbarungen in sich aufzunehmen.

Naturgemäss konnte auch neben der mancipatio durch eine — nunmehr allerdings ganz selbständige — stipulatio

[1]) Pernice, Labeo, Seite 96.

[2]) Pernice, loc. cit.

[3]) Voigt, condictiones, Seite 210, und Pernice, Labeo, Seite 121.

[4]) So in D. 40, 2 fr. 16 § 1 (hac lege servum — wohl gestrichen: mancipio — dederit . . . donationis causa, ut eum liberum faciat), D. 17, 1 fr. 27 § 1 (si servum ea lege tibi mancipio dedero — die Kompilatoren sagen: tradidero — ut eum . . . manumitteres, consistit obligatio), ferner D. 40, 2 fr. 20 § 1 und D. 1, 5 fr. 22.

[5]) Pernice, Labeo, Seite 96.

eine modale Nebenabrede getroffen werden. Eine solche stipulatio wurde häufig als Strafgeding gefasst.[1]) (D. 45, 1 fr. 122 § 2, D. 11, 7 fr. 11.)

Diese lex dicta finden wir sehr oft als Ausdruck einer Modusanordnung noch in dem Codex (Cod. 4, 38 c. 3; Cod. 4, 64 c. 6, 8; Cod. 8, 53 c. 9, 22). Sie ist aber wohl hier nur mehr eine Anknüpfung an bekannte Begriffe, um die Klagbarkeit der einen modus enthaltenden Nebenabrede bei Eigentumsschenkungen zu rechtfertigen.

Als der Formzwang der stipulatio für das Schenkungsversprechen gefallen war, und andererseits der Gedanke, dass ein Paktum bei Eigentumsübertragungen klagbar sei, sich endgiltig Bahn gebrochen hatte,[2]) erscheint die Modusanordnung als eine zu dem Hauptrechtsgeschäft selbständig hinzutretende Nebenabrede, die eine Verpflichtung des Beschenkten begründet.[3]) Diese Nebenabrede muss gleichzeitig mit dem Hauptgeschäft abgeschlossen werden, widrigenfalls es sich nicht um einen modus, sondern um ein völlig selbständiges, neues Rechtsgeschäft handelt (Cod. 8, 54 c. 4: perfecta donatio conditiones postea non capit).

Jedenfalls begründet der modus bei Schenkungen eine Verpflichtung und zwar eine Vertragsverbindlichkeit,[4]) da er entweder auf einer stipulatio oder einem pactum beruht.

Bei Verfügungen von Todes wegen sind es vor allem die Vermächtnisse, mit denen eine Auflage verbunden ist; indessen kann sie auch bei Erbeseinsetzungen vorkommen, wenngleich dies seltener ist. Bei den Vermächtnissen erscheint sie meistens in der Form von Befehlen von vorwiegend religiösen oder gemeinnützigen Zwecken,[5]) die

[1]) Dies kam besonders da in Betracht, wo der Schenker kein abschätzbares Vermögensinteresse an der Leistung hatte. Vgl. Pernice, Labeo, Seite 147.

[2]) Vgl. die jedenfalls interpolierten Stellen D. 2, 14 fr. 45, 48 (Pernice, Labeo, Seite 89).

[3]) Arndts, Pandekten, Seite 120.

[4]) Lammfromm, Teilung etc., Seite 102.

[5]) Pernice, Labeo, Seite 32, 33.

weniger eine privatrechtliche Obligation als vielmehr eine Fidespflicht begründeten.[1]) So sagt auch D. 33. 1 fr. 7: . . . nullam obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris . . . facere. Gleichzeitig zeigt uns aber der Schluss dieser Stelle, der jedenfalls interpoliert ist, das Bestreben der Kaiserzeit, durch erweiterte Zulassung des obrigkeitlichen Schutzes eine solche Anordnung, wenigstens soweit dies Sittlichkeit und öffentliches Interesse verlangen, als nicht mehr nur rein sakrale, sondern wirklich juristische Verpflichtungen begründend anzusehen. Bei Darstellung der Entwickelung der Erfüllungsklage wird es unsere Aufgabe sein, im näheren nachzuweisen, in welcher Weise es in klassischer Zeit möglich war, eine solche Anordnung gegen willkürliche Nichtbeachtung in jedem Falle zu sichern, ohne auf den, doch nur nach Zweckmässigkeitsrücksichten gewährten, obrigkeitlichen Schutz angewiesen zu sein. Wenngleich aber das seit dieser Zeit immer entschiedenere Aufkommen des obrigkeitlichen Zwanges Kenntnis davon gibt, dass das Prinzip des Bestehens einer wirklichen, rechtlich erzwingbaren Verpflichtung auch bei dem modus bei Verfügungen von Todes wegen sich immer mehr Bahn brach, so zeigen sich doch noch zahlreiche Spuren des ursprünglichen Charakters der Modusverpflichtung als einer blossen Fidespflicht. Jedenfalls hat selbst das justinianische Recht sich von diesem Gedanken nicht völlig freizumachen vermocht.

Auflagen bei Verfügungen von Todes wegen zugunsten Privater finden sich in klassischer Zeit selten. Ein Beispiel findet sich in D. 35, 1 fr. 17 § 4 (epulum municipibus: partem alii restituere). Jedenfalls hatte ursprünglich der Dritte keine Klage auf Erfüllung des modus.

Gordian bestimmte aber im Jahre 240 n. Chr., eine constitutio des Kaisers Severus erweiternd, dass Auflagen zugunsten dritter Privater, die ein vermögensrechtliches Interesse betrafen, als fideikommissarische Anordnungen

[1]) Dernburg, Pand. III, § 84 Anm. 3.

behandelt werden sollten.[1]) Damit ist ein wichtiger Schritt in der Fortentwickelung des modus getan.

Die Echtheit der c. 2 § 1 Cod. 6, 45 mag man allerdings in Zweifel ziehen. Wenn man sie aber annimmt, so kann man sicherlich nicht soweit gehen und mit Savigny[2]) behaupten, durch diese constitutio sei der modus in ein Fideikommiss verwandelt worden.

Denn diese Ansicht berücksichtigt nicht, dass die Gewährung der „actio fideicommissi" nur aus dem Bestreben der Römer sich erklärt, den Forderungen des Verkehrs entsprechend eine bis dahin nicht klagbare Anordnung mit allen Vorzügen der Klagbarkeit auszustatten. Keineswegs beabsichtigte man bei diesem Vorgehen, über die Natur dieser Anordnung irgend welche theoretische Bestimmung zu treffen. Ein praktisches Bedürfnis war es, das hier den Römern den Weg vorzeichnete, nicht das Bestreben, eine dogmatische Normierung zu treffen. Die Deduktion aus diesem Vorgehen auf die Natur des modus widerspricht dem Charakter der römischen Rechtsbildung. Eine völlige Verschmelzung des modus mit dem Fideikommiss auf Grund jener Bestimmung Gordians anzunehmen, ist schon deshalb verfehlt, weil sie nur jenen Teil der Modusanordnungen betrifft, in denen eine bestimmte Person bedacht ist und ausserdem noch eine pecuniaria causa vorliegt.

b. Das gemeine Recht hat den justinianischen Begriff modus aufgenommen und weiter wissenschaftlich zu durchdringen gesucht. Man war dabei bestrebt, einen einheitlichen Begriff des modus für Schenkungen und letztwillige Verfügungen zu schaffen, und hat zwecks Einreihung desselben in das Rechtssystem verschiedene Theorien aufgestellt.

Gewöhnlich stellte man den modus mit der Bedingung und mit der Befristung zusammen und bezeichnete diese

[1]) Cod. 6, 45 c. 2 § 1: Sed in pecuniariis causis . . . recipiendum est, ut ex . . . verbis sive ad condicionem sive ad modum respiciunt . . . fideicommissi actio omnifariam nascatur.

[2]) Savigny, System, III Seite 237.

Verfügungen mit dem gemeinsamen Namen „Nebenbestimmungen". Begreift man darunter, wie Dernburg[1]) es tut, den modus insoweit, als er nicht zu den dem Geschäfte seinem Begriffe nach wesentlichen Punkten gehört und die juristische Natur des zugrunde liegenden Geschäftes zwar modifizieren, nicht aber vollständig ändern kann,[2]) so wird man gegen die Bezeichnung des modus als einer Nebenbestimmung nichts einzuwenden haben. Indessen fragt es sich doch, ob diese so allgemein gehaltene Bestimmung einen dogmatischen Wert hat, zumal sie sich im wesentlichen auf ein negatives Moment stützt. Eine derartige Zusammenfassung entspricht übrigens nicht dem justinianischen Recht, das z. B. in der Titelrubrik D. 35, 1 den „dies" weglässt, was zum mindesten auffallend wäre, wenn dem römischen Recht die Zusammenfassung von condicio, modus und dies geläufig gewesen sein sollte. Abgesehen von der daraus zu entnehmenden Tatsache, dass die Aufstellung eines solchen Einheitsbegriffes dem Geiste des römischen Rechtes eben nicht entspricht, lässt auch der Umstand, dass man bei Aufstellung des Begriffes „Nebenbestimmungen" darunter ganz verschiedenartig wirkende Bestimmungen zusammenfassen müsste, diese Theorie als eine wenig glückliche erscheinen.

Savigny[4]) stellte den modus unter den — weiteren — Begriff der „Selbstbeschränkungen des Willens", eine Konstruktion, die von Pernice[5]) mit Recht deswegen getadelt wird, weil hier in Wahrheit nicht so sehr der Wille als vielmehr die Wirkung des Rechtsgeschäftes beschränkt ist. Gegen die Charakterisierung des modus als einer „volontaria limitazione dell'efficacia di un negozio giuridico",[6]) oder einer „Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen

[1]) Pandekten, I § 116.
[2]) Puchta, Institutionen, Seite 44.
[3]) Pernice, Labeo, Seite 9.
[4]) System III, Seite 120.
[5]) Labeo, Seite 9.
[6]) Ferrini, Diritto Romano, pag. 29.

Wirkungen", wie die Motive[1]) sagen, wird man indessen nichts einwenden können.

Savignys Theorie, nach der bei Nichterfüllung des modus in der angestrebten Weise, dem eigentlichen Willen des Zuwendenden nicht entsprochen ist, leitet über zu der von Windscheid in seiner Schrift: „Die Lehre von der Voraussetzung" begründeten Theorie, welche den modus nur als eine Erscheinungsform des allgemeineren Begriffes der Voraussetzung auffasst. In der „Voraussetzung" verkörpert sich nun nach Windscheid der Willensentschluss des Handelnden, dass die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustande der Verhältnisse bestehen solle. Danach wäre Voraussetzung nur mehr eine „unentwickelte Bedingung",[2]) bei deren Nichterfüllung die Zuwendung als „zwar dem wirklichen, nicht aber dem eigentlichen Willen" entsprechend angefochten werden kann. Der Begriff „Voraussetzung" umfasst also, wie schon aus dieser Definition ersichtlich ist, nicht nur den modus, sondern die verschiedenartigsten Bestimmungen.

Die Theorie Windscheids ist lebhaft bekämpft worden.

Man hat darauf hingewiesen:[3]) Wenn nur die Rückforderung der Zuwendung bei Nichterfüllung des modus der Grund dafür sei, dass man diesen dem Begriff der „Voraussetzung" unterstelle, so sei doch dies keine Hauptwirkung des modus. Es sei daher mindestens „eigentümlich", den Charakter des modus nur nach einer sekundären Wirkung zu beurteilen. Auch sei mit dieser Theorie noch nicht erklärt, weshalb man bei Nichterfüllung der Auflage die ganze Zuwendung herausgeben solle. Denn dies in allen Fällen als stillschweigende Voraussetzung zu unterstellen, liesse sich nicht „ohne Willkür und Fiktion" bewerkstelligen.[4])

---

[1]) I, Seite 248.

[2]) Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. I § 97.

[3]) Vgl. Gradenwitz, Über den Begriff der Voraussetzung, Seite 24.

[4]) Regelsberger, Pandekten I, Seite 606.

Andererseits lässt uns die Voraussetzungstheorie im Stiche bei Erklärung des Wegfalls der Rückforderung der Zuwendung bei unverschuldeter Unmöglichkeit des modus. Wenn man, wie Windscheid[1]) es tut, bei anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung ein Rückforderungsrecht nicht gibt, und dies damit zu erklären sucht, dass es dem Willen des Schenkers entspräche, der sich habe ärmer machen wollen, so leugnet man damit für diesen wichtigen Fall gerade den Charakter des modus als „Voraussetzung".

Ferner weist man[2]) auch, nicht mit Unrecht, darauf hin, dass mit dieser Theorie die Sicherheit des Verkehrs gefährdet würde.

Auch kann diese Theorie, die die verschiedensten Begriffe in einen Einheitsbegriff zu verschmelzen sucht, der Eigenheit der rechtlichen Natur des modus nicht gerecht werden,[3]) und ist auch aus diesem Grunde, wie schon die Theorie der „Nebenbestimmungen" nicht zu billigen.

Ferner streift der Begriff der Voraussetzung so hart an den des Beweggrundes, dass eine Abgrenzung dieser beiden Begriffe von einander schlechterdings nicht möglich scheint.

Auf Grund dieser Erwägungen glaube ich, die Theorie des modus als Voraussetzung ablehnen und mich der Dernburgschen Theorie, soweit diese nicht die Charakterisierung des modus als einer Nebenbestimmung betrifft, anschliessen zu müssen. Dernburg[4]) definiert den modus als „eine an eine Zuwendung geknüpfte Auflage", deren Verwirklichung die Erreichung eines „Nebenzweckes" bedeutet. War es dem Geber in erster Linie um die in dem modus ausgedrückte Verpflichtung des Beschwerten zu tun, enthält somit der „modus" den Hauptzweck, so liegt eine reine Zweckgabe,[5]) nicht aber eine donatio vor. In dieser

[1]) Voraussetzung, Seite 183.

[2]) Regelsberger, Pandekten, Seite 607; Lenel, Archiv, Bd. 79, Seite 50; Dernburg, Pandekten, I § 115.

[3]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, I § 93 Anm. 2.

[4]) Pandekten, I § 115.

[5]) Regelsberger, Pandekten, I § 170, Seite 619.

Richtung auf einen Nebenzweck und in der Beschränkung der Wirkungen der Liberalität durch eine Verpflichtung des Belasteten liegt das Wesen des gemeinrechtlichen modus.

Man könnte allerdings gegen diese Definition nicht mit Unrecht einwenden, dass ja dann immer noch unerklärt bliebe, weshalb denn die condictio bei Nichterfüllung des modus stets die ganze Zuwendung umfasse. Eine derartig starke Wirkung sei doch unvereinbar mit dem Begriffe „Nebenzweck". Diesem Vorwurf, den man gegen Dernburg erheben könnte, kann man durch eine entsprechende Modifikation des Begriffes „Nebenzweck" begegnen.

Es ist darunter nämlich nicht ein „nebensächlicher Zweck" zu verstehen. Dann würde allerdings jener Vorwurf berechtigt sein. Vielmehr ist der durch den modus verfolgte Zweck ein Nebenzweck insofern, als der ihn verfolgende modus nicht völlig einer einen Hauptzweck verfolgenden Bestimmung gleich behandelt wird, ohne dass der durch den modus verfolgte Zweck vollständig zu einem nur „nebensächlichen" Zweck des betreffenden Rechtsgeschäftes herabsinkt. Diesen seinen Charakter als „minder bedeutsame" Zweckbestimmung äussert der modus insofern, als er nicht unter allen Umständen gleich einer einen Hauptzweck verfolgenden Bestimmung Berücksichtigung findet.

Nach dieser Ansicht würde also der Unterschied des modus von dem Hauptzweck nicht in der stärkeren Wirkung des letzteren liegen, sondern in der verminderten Beachtung des ersteren; der mit dem modus verfolgte Zweck wird nicht immer gleich einem Hauptzweck beachtet: wenn er aber beachtet wird, so kommt er in dem Umfang seiner Wirkungen einem Hauptzweck gleich.

In Übereinstimmung mit dem römischen Recht erfolgt nach gemeinem Recht die Anordnung einer letztwilligen Auflage durch Testament bezw. Kodizill oder auch Oralfideikommiss. Doch kennt das gemeine Recht auch eine Anordnung des modus in den, erst seit der Rezeption durch

die Praxis anerkannten, Erbverträgen. Jedenfalls beruht der modus stets auf Privatwillenserklärung: für einen „gesetzlichen modus“ [1]) ist kein Raum.

Ein wichtiger Unterschied zwischen dem modus unter Lebenden und von Todes wegen besteht aber darin, dass von einer obligatorischen Wirkung des modus und damit einer Unterstellung desselben unter die Vorschriften über Schuldverhältnisse in der Regel nur bei Schenkungen die Rede sein kann, da er nur bei diesen Arten entweder die Form eines direkten obligatorischen Vertrages erhält oder doch wenigstens als Nebenerklärung zu einem obligatorischen Rechtsgeschäfte den Vorschriften über Schuldverhältnisse untersteht.

Dass ein modus übrigens auch mit einer donatio mortis causa verbunden sein kann, geht aus D. 39, 5 fr. 18 § 2 hervor.[2]) Es wird aber angesichts der Natur dieses Rechtsgeschäftes als donatio[3]) in unserer Darstellung dieser Fall nicht mehr besonders hervorgehoben.

Hier ist noch die in der früheren gemeinrechtlichen Wissenschaft besonders scharf betonte Unterscheidung zwischen modus qualificatus und modus simplex zu erwähnen.

Unter modus qualificatus verstand man den modus κατ' ἐξοχήν, eine einer unentgeltlichen Zuwendung hinzugefügte Zweckbestimmung zugunsten des Zuwendenden, oder eines Dritten.

Unter modus simplex aber verstand man die Zweckbestimmung zum alleinigen Nutzen des Empfängers einer unentgeltlichen Zuwendung, z. B. Schenkung einer Geldsumme zu einer Studienreise. D. 35, 1 fr. 71 pr. verneint für ähnliche Fälle die Möglichkeit des modus für letztwillige Auflagen (non esse cogendum Titium cavere.[4])

[1]) Z. B. Collatio, wie Brinz (Pandekten, III § 376) meint.

[2]) Voigt, Condictiones, Seite 170.

[3]) Czyhlarz, Institutionen, Seite 388; Savigny, System, IV Seite 170.

[4]) Über die Bedeutung dieses Wortes vgl. unten Seite 18, 19, 43 ff.

quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret). D. 24, 1 fr. 13 § 2 besagt dasselbe für Schenkungen (condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur): und zwar mit Recht. Denn solche Bestimmungen sind nichts mehr als ein Rat, der dem Empfänger bezüglich der Verwendung erteilt wird. Es fehlt ihnen demnach das dem modus schon im römischen Recht wesentliche Moment der Verpflichtung. Auch in dem Schlusse der Stelle D. 35, 1 fr. 71 pr.[1]) ist die Möglichkeit eines modus simplex nicht zugestanden. Denn fasst man eine solche Zweckbestimmung ausnahmsweise mehr als einen blossen Rat auf, so kann man eben nur den einen Zweck bei der Zuwendung: Verwendung des Geldes in der bestimmten Weise, sehen. Von einer dem wahren modus eigentümlichen qualitativen und quantitativen Verschiedenheit zwischen Haupt- und Nebenzweck kann hier also keine Rede sein. So unterschied ganz genau D. 39, 5 fr. 2 § 7.[2]: Wenn „in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus", so tritt der Bereicherungszweck zurück und der Ankauf des Sklaven ist der einzige Zweck der Zuwendung. „Si vero alias quoque donaturus", wenn ich auch ohne Rücksicht auf den etwaigen Ankauf des Stichus geschenkt hätte, so ist die Bereicherung der einzige Zweck. Der Ankauf des Sklaven ist nur ein Rat bezüglich der Verwendung des Empfangenen, weshalb auch bei Nichterfüllung desselben die Zuwendung dem Empfänger verbleibt, weil durch die Nichterfüllung des moralisch, aber nicht rechtlich verbindlichen Rates der Hauptzweck nicht irritiert wird.[3])

[1]) Sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur ac postea non alienaretur.

[2]) Fall: Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam.

[3]) Ganz ähnliche Bedenken bezüglich der Modusnatur der in der obigen Stelle D. 39, 5 fr. 2 § 7 behandelten Zweckbestimmung erheben Savigny (System, IV Seite 282 Anm. 8) und Sintenis (Civilrecht, I Seite 189 Anm. 39).

Also „ob rem datio" oder nicht verpflichtender Rat, das sind die beiden Formen, in denen der sogenannte modus simplex vorkommen kann. In keinem Falle ist also eine Erfüllungsklage bei dem „modus simplex" möglich, die bei dem wirklichen modus doch gerade das Primäre ist.[1]

So berechtigt also auch die Trennung der beiden Begriffe modus simplex und modus qualificatus ist, so unglücklich gewählt ist der Ausdruck modus simplex, der alles, nur eben kein „modus" ist.

Noch kurz ist auf das verpflichtende Moment bei einer Modusanordnung einzugehen.

Im römischen Recht kann bei Anordnung eines modus durch fiduziarische Abrede oder stipulatio darüber kein Zweifel sein. Im gemeinen Recht genügte zur Begründung der Verpflichtung „die ausdrückliche Erklärung des Gebers und stillschweigende Unterwerfung des Empfängers durch Annahme des Geschenkes in Kenntnis des modus und ohne Widerspruch",[2] in der also stets der Abschluss eines Vertrages enthalten ist. Die Vertragsnatur der Auflageanordnung hat sich also im gemeinen Rechte erhalten. Daraus ergibt sich auch, dass die bei dem modus bei Schenkungen entstandene Verpflichtung den Vorschriften über Obligationen unterliegt.

Die Verpflichtung des Erben zur Erfüllung des modus entsprang aus der Anordnung desselben durch den Erblasser und entstand erst mit dem Entstehen der Erbeseigenschaft.

Bei der Belastung eines Vermächtnisses mit einer Auflage ist diese Frage indessen anders zu beantworten. In diesem Falle liegt nach Lammfromm[3] das verpflichtende Moment weniger in der Anordnung des Erblassers, als in der Stellung einer auf Erfüllung des modus gerichteten cautio, so dass vor diesem Versprechen und der darin ent-

[1]) Girard, Droit romain, pag. 936.

[2]) Erxleben, Condictiones, Seite 190; Brinz, Pandekten, § 557 Seite 230.

[3]) Teilung etc., Seite 59 ff.

haltenen — vertragsmässigen — Übernahme der Modus-erfüllung eine Verpflichtung des Legatars nicht besteht. Auch wenn man mit Pernice[1]) die schon vorher auf Grund der letztwilligen Anordnung bestehende Fidespflicht des Legatars berücksichtigt, wird man doch bei der Frage nach „dem Entstehen der — rechtlich erzwingbaren — Verbindlichkeit des Legatars zur Erfüllung der Auflage" zu keinem anderen Resultat kommen.[2]) Jedoch ist hierbei bestritten, ob nicht doch bei Erlangung des Vermächtnisses durch den Legatar ohne vorherige cautio eine Rückforderung Platz greift. Auf Grund der obigen Theorie wird man sich indessen dagegen erklären müssen.

Einer Erwähnung bedarf für das gemeine Recht noch der Fall, dass ein modus durch Erbvertrag angeordnet ist. Hier sind die Wirkungen denen eines Testamentes analog. Vor allem tritt nur eine vertragsmässige Bindung des Erblassers hinsichtlich der zugrunde liegenden Zuwendung, nicht aber auch des Erben oder Vermächtnisnehmers hinsichtlich des modus ein.

Gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts tauchte in der gemeinrechtlichen Wissenschaft eine neue Richtung in der Lehre vom modus auf. Hatte man bisher die Möglichkeit von modalen Anordnungen nur bei unentgeltlichen Vermögenszuwendungen unter Lebenden und von Todes wegen anerkannt, so vertraten damals einige Rechtslehrer[3]) die Ansicht, dass modale Anordnungen auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften zulässig seien. Diese Ansicht verschob aber den Begriff des modus zu dem des finis oder Endzweckes[4]) und bereitete so die vom Allgemeinen Landrecht Preussens vertretene Theorie vor.

c. Das preussische Allgemeine Landrecht setzt an die Stelle des römischen modus den Begriff „Endzweck",

[1]) Labeo, III Seite 95.

[2]) Lammfromm, l. c.

[3]) Z. B. Glück (Pandekten, 4 Seite 450 ff.) und Thibaut (Pandekten, § 102).

[4]) Vgl. Feigel, Auflage, Seite 8.

den es sowohl im allgemeinen (§§ 152 ff. I. 4 als auch im besonderen, bei Schenkungen (§§ 1053 ff. I, 11) und letztwilligen Verfügungen (§§ 508 ff. I, 12) behandelt.

Nach der von der Doktrin aufgestellten Definition des Begriffes „Endzweck" ist derselbe eine einer Willenserklärung beigefügte Bestimmung über die Verwendung des Empfangenen vermittels einer Verpflichtung des Empfängers. Das Gesetzbuch selbst gibt keine Definition des Begriffes, begnügt sich vielmehr mit der in § 152 I. 4 gegebenen, als Auslegungsregel dienenden Beschreibung eines zugunsten des Belasteten selbst angeordneten Endzweckes,[1]) also des sogenannten gemeinrechtlichen modus simplex. Den modus qualificatus setzt das Allgemeine Landrecht als selbstverständlich voraus, und hält somit den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen aufrecht. Aber gerade der Umstand, dass das Gesetz nur den modus simplex, der ebenso wie im gemeinen Recht, mehr von der reinen Zweckgabe, als von dem wahren römischen modus an sich hat, ausdrücklich hervorhebt, beeinflusst die den „Endzweck" betreffenden Bestimmungen sichtlich in der Weise, dass, wenn sie sich auch auf beide Formen des „Endzweckes" beziehen, stets von dem Standpunkte des modus simplex und damit von dem der reinen Zweckgabe aus zu beurteilen sind.

Daraus erklären sich denn auch mehrere hervorstechende Unterschiede zwischen dem gemeinrechtlichen modus (qualificatus) und dem „Endzweck" des preussischen Landrechts.

Vor allem ist gemäss § 154 A.L.R. I, 4 die Rückforderung der Zuwendung schlechthin zulässig, mag der primäre oder sekundäre Endzweck des Geschäftes zufällig unmöglich geworden sein.[2]) Ferner ist eine Erfüllungsklage weder ausdrücklich vom Gesetze gegeben noch wissenschaftlich nach dem System zu begründen.[3]) Beides sind

[1]) Foerster-Eccius, Theorie etc., I § 38.

[2]) Dernburg, Preussisches Privatrecht, I § 93.

[3]) Koch, Recht der Forderungen, 2 Seite 287; Foerster-Eccius, Theorie, I § 38.

Abweichungen, die sich in einfacher Weise durch die Verschiebung des Begriffes der „Schenkung unter einem Endzwecke“ zu dem der Zweckgabe erklären lassen.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

a. Das Bürgerliche Gesetzbuch vermeidet, wie der code civil, und das sächsische Gesetzbuch, die Aufstellung von allgemeinen Normen über den modus. Es regelt ihn vielmehr nur im besonderen bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen. Eine Definition des Begriffes gibt es nur bei Verfügungen von Todes wegen und hebt auch bei diesen nur einen — allerdings den wichtigsten — Teil der Definition hervor. Die genaue, bis in das Einzelne erschöpfende Formulierung wird dagegen, wie das der modernen Richtung entspricht, der Wissenschaft überlassen.

Es wird zweckmässiger sein, die für die begriffliche Feststellung der Auflage erforderlichen Momente zunächst einzeln hervorzuheben und dann erst eine Definition folgen zu lassen.

Der § 527 [1]) sagt durch seine Fassung indirekt, der § 1940 direkt (der „Erblasser“ kann „durch Testament“ bezw. durch „Erbvertrag“ [§ 1941, 2278 Abs. 2] zu einer Leistung verpflichten), dass die Anordnung einer Auflage, wie im römischen Recht, durch Privatwillenserklärung erfolgt. Zurückzuweisen ist demnach auch für das bürgerliche Recht die Ansicht derer, die auch die Möglichkeit gesetzlicher Auflagen anerkennen wollen. So soll z. B. nach Cosack [2]) eine gesetzliche Auflage die Verpflichtung des Erben und Vermächtnisnehmers zur Zahlung der Erbschaftssteuer sein. Was könnte man aber, wenn man erst einmal so weit geht, nicht alles „Auflage“ nennen?

Der Auflage bei einer Schenkung liegt naturgemäss eine unentgeltliche Zuwendung, eine Liberalität zugrunde.

[1]) Die ohne Zusatz zitierten Paragraphen sind die des Bürgerlichen Gesetzbuches.

[2]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II § 408.

Das nämliche ist von letztwilligen Auflagen zu sagen. Denn § 1940 bezeichnet als die möglichen Verpflichteten den Erben und Vermächtnisnehmer.[1][2])

Der Erwerb des Vermögensvorteils wird durch Beifügung eines modus, wie schon im römischen Recht D. 35. 1 fr. 80; D. 40, 4 fr. 44) und § 153 A.L.R. I, 4 nicht suspendiert, wie § 525 für Auflage unter Lebenden deutlich mit den Worten sagt: „kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat".

Für letztwillige Auflagen ist hierfür § 2187 Absatz 1 heranzuziehen, wonach der belastete Vermächtnisnehmer ein „Leistungsweigerungsrecht" gegen die Klage auf Erfüllung der Auflage auch „nach der Annahme" des ihm zustehenden Vermächtnisses hat. Daraus ist zu entnehmen, dass das Bestehen des Rechtes, Erfüllung des modus zu verlangen, die Annahme des Vermächtnisses nicht hindert.

Wie die beiden §§ 527 und 2196 deutlich zeigen, ist von dem Gesetzbuch der Charakter der Auflage als einer einen „Nebenzweck" verfolgenden Bestimmung sowohl bei Schenkungen als bei letztwilligen Verfügungen ausdrücklich aufgenommen.[3]) Das Gesetz hat sich dabei von der Anschauung des Allgemeinen Landrechtes entfernt, aber doch auch nicht den oben dargestellten gemeinrechtlichen Begriff des Nebenzweckes ohne weitere Änderungen aufgenommen. Vielmehr hat es diese Eigenschaft der Auflage noch schärfer und unzweifelhafter als das gemeine Recht dadurch zum

[1]) Die Natur des Vermächtnisses als einer Liberalität leugnen zu wollen, wie Lammfromm (Teilung etc., Seite 103 ff.) für das Bürgerliche Gesetzbuch es tut, entspricht nicht der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches, nach dem gemäss § 1939 das Vermächtnis die Zuwendung eines Vermögensvorteils ist (Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, Seite 531 Anm. 6).

[2]) Die Schenkung von Todes wegen wird in dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr als eine besondere Rechtsform behandelt. (cf. § 2301.)

[3]) Lammfromm, Teilung, Seite 167; Crome, Part. Rechtsgeschäfte, Seite 530.

Ausdruck gebracht, dass gemäss den beiden obengenannten Paragraphen die Rückforderungsklage wegen Nichterfüllung der Auflage nur den zur Erfüllung derselben erforderlichen Betrag umfasst, nicht dagegen den ganzen Betrag der Zuwendung. Auch wird in den Fällen, in denen ausnahmsweise die Rückforderungsklage sich auf den ganzen Betrag der Zuwendung erstreckt,[1]) insofern immer noch der Charakter der Auflage als eines Nebenzweckes festgehalten, als in diesen Fällen stets ein besonders erklärter oder zu vermutender Wille des Erblassers diese erhöhte Beachtung der Auflage rechtfertigen muss.

Ob die Auflage einen untrennbaren Bestandteil des die Zuwendung enthaltenden Rechtsgeschäftes bildet, oder nur eine selbständig zu diesem hinzutretende Verfügung, ist für letztwillige Auflagen durch § 2195 im Sinne der letzteren Alternative entschieden. — Für Auflagen bei Schenkungen ist eine derartige ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen. Man wird aber mit Staudinger[2]) auch für diese Art von Auflagen dasselbe annehmen können. Der Charakter einer mit der Schenkung zusammenhängenden Nebenbestimmung wird ihr von den Motiven[3]) ausdrücklich abgesprochen. Indessen ist die einmal perfekte Auflage nicht derartig selbständig, dass die spätere Nichtigkeit der Schenkung, z. B. durch Anfechtung auf Grund der §§ 119, 123, die Auflage in deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigen könnte. Nichtigkeit der Schenkung hat vielmehr auch die der Auflage zur Folge. Nur zieht umgekehrt die Nichtigkeit der Auflage grundsätzlich nicht auch die der Schenkung nach sich. — Wichtig ist diese Frage nach der Selbständigkeit der Auflage für den Fall, dass der Schenker die Auflage zugunsten eines Dritten wegen Täuschung wirksam anficht, die Auflage somit nach § 142 Abs. 1 nichtig wird. Nach der hier behaupteten Natur

[1]) §§ 2195, 812 Absatz 1.
[2]) Kommentar, Anm. II zu § 525.
[3]) II Seite 299.

der Auflage bleibt die Schenkung grundsätzlich wirksam.[1]) Übrigens führt nur die hier vertretene Ansicht von der Selbständigkeit der Auflage zu einer angemessenen Verteilung der Beweislast in Prozessen über die Rückwirkung der Nichtigkeit der Auflage auf das Bestehen der Schenkung. In dem genannten Fall entspricht es ohne Zweifel dem gesunden Rechtsgefühl, dem Schenker den Beweis aufzuerlegen, dass er die Schenkung nicht ohne die Auflage habe bewirken wollen,[2]) anstatt vom Beschenkten den Beweis zu verlangen, dass der Auflage gegenüber der Schenkung nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme.[3])

Ferner erkennen die §§ 525 und 1940 als Inhalt der Auflage eine Verpflichtung des Belasteten an.[4] Eine „Auflage" ohne Verpflichtung ist rechtlich nicht denkbar. Infolgedessen kann man, wenn „eine Verpflichtung des Beschenkten mit der Auflage nicht beabsichtigt war"[5]) gar nicht von einer Auflage sprechen.

Die Verpflichtung ist, wie § 1940 für letztwillige Auflagen ausdrücklich bestimmt, auf eine „Leistung"[6]) gerichtet. Für Auflagen unter Lebenden geht aus dem § 241 das nämliche hervor.

Ein wichtiger Unterschied zwischen den Auflagen bei Schenkungen und den bei Verfügungen von Todes wegen zeigt sich aber darin, dass der Verpflichtung des Belasteten

[1]) Dies ist nicht, wie Enneccerus (in seinem Lehrbuch, I S. 211 Anm. 3) meint, darauf zurückzuführen, dass die Auflage nur dem Dritten gegenüber anfechtbar sei.

[2]) Über die dem Schenker bei Führung dieses Beweises zustehenden Rechte, vgl. § 7, IIb.

[3]) § 139 kann hierbei nicht in Betracht kommen, da er von „einem — ganzen Rechtsgeschäft" spricht.

[4]) Die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage ist die notwendige Folge der Annahme der Zuwendung, während die Erfüllung der Bedingung die notwendige Voraussetzung des Erwerbes der Zuwendung ist. (Endemann, Bürgerliches Recht, III § 73.)

[5]) Dernburg, Bürgerliches Gesetzbuch, II § 210.

[6]) Näheres darüber unten § 5.

nur bei Auflagen bei Schenkungen eine entsprechende Berechtigung gegenübersteht.

Das in § 525 dem Schenker gegebene Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, ist ein wirkliches Forderungsrecht.[1]) Sollte ein Dritter der durch die Auflage Begünstigte[2]) sein, so hat dieser zwar nicht unter allen Umständen, sondern nur gemäss den §§ 328 Absatz 1, 330 Absatz 1 ein Recht auf die Vollziehung der Auflage. Aber es besteht doch wenigstens die Möglichkeit einer direkten Entstehung eines wirklichen Forderungsrechtes des dritten Begünstigten.[3])

Grundsätzlich anders aber ist im Bürgerlichen Gesetzbuch diese Frage bei letztwilligen Auflagen entschieden. § 1940 B.G.B. bestimmt, dass bei einer Auflageanordnung „einem Anderen ein Recht auf die Leistung nicht zugewendet wird". Der allgemeine Ausdruck „einem Anderen" sagt uns einerseits, dass der durch die Auflage Begünstigte niemals ein Recht auf sie haben kann, andrerseits, dass die im § 2194 genannten Personen, welche die „Vollziehung der Auflage verlangen können", zwar ein Klagerecht, nicht aber ein Forderungsrecht von materiellem Vermögenswert haben.[4]) Lehmann[5]) sieht dagegen das Klagerecht als ein nach den Normen des Obligationenrechts zu beurteilendes Forderungsrecht an und lässt nur „bei dem formalen Cha-

[1]) Es unterliegt daher, ebenso wie die Verpflichtung des Beschenkten, den Normen über Schuldverhältnisse.

[2]) Dieser Ausdruck wird, da der Ausdruck „Bedachter" von dem Bürgerl. Gesetzbuch technisch für den Vermächtnisnehmer gebraucht wird, für denjenigen, dem die Auflage zugute kommen soll, zweckmässigerweise zu wählen sein; in der vorliegenden Arbeit ist er durchweg angewandt.

[3]) Andrerseits ist gar nicht erforderlich, dass überhaupt eine bestimmte Person begünstigt sei. Auch die Auflage, nicht mehr zu rauchen, bei der niemand als der Begünstigte erscheint, ist vollwirksam. Ferner ist sehr wohl möglich, dass auch Tiere die durch die Auflage — wenn man so sagen darf — Begünstigten sind.

[4]) Ritgen bei Planck, Kommentar, V, Ziffer 1 zu § 2194.

[5]) Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, II § 321.

rakter des Klagerechts" Modifikationen eintreten. Indessen erscheint mir die Ansicht Ritgens als die dem Gesetze entsprechende.[1]) Denn wenngleich der Gegenstand der Verpflichtung eine Leistung ist, so steht doch dieser Verpflichtung kein Recht des Begünstigten auf die Leistung gegenüber, weshalb Endemann[2]) treffend dies als „eine absolute Verpflichtung" bezeichnet. Durch die Definition des § 1940 ist somit für letztwillige Auflagen eine Form der Verpflichtung geschaffen, die vermöge ihrer eigenartigen Verschiedenheit von der aus einem Schuldverhältnisse herrührenden Verpflichtung, nicht ohne weiteres nach den allgemeinen Vorschriften des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen ist.[3]) Aus diesem Grunde möchte ich auch einen Schadensersatzanspruch den im § 1940 genannten Personen, ganz abgesehen davon, dass sie in der Regel keinen Schaden erleiden werden, überhaupt nicht geben.[4])

Da bei letztwilligen Auflagen also nicht einmal die Möglichkeit besteht, dass ein dritter Begünstigter klagberechtigt ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch bei dieser Art von Auflagen die Begünstigung auch Tieren zugute kommen kann oder dass überhaupt niemand der Begünstigte ist.[5])[6]) Dass aber ein „bestimmter Destinatär" ernannt sein kann, sagt das Gesetz selbst mit den

[1]) Man wird deshalb auch mit Cosack (Bürg. Recht, II § 407) annehmen müssen, dass dieses Recht weder veräussert, noch gepfändet werden kann, während diese Möglichkeit bei Auflagen unter Lebenden wohl keiner weiteren Erörterung bedarf.

[2]) Bürg. Gesetzbuch, III § 73.

[3]) Motive, V Seite 214.

[4]) So auch Ritgen bei Planck, Kommentar, Anm. 1 zu § 2194.

[5]) Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73.

[6]) Gerade mit Rücksicht darauf vergleicht Endemann die letztwillige Auflage mit der Stiftung, von der sie sich indessen durch den Mangel der Entstehung einer selbständigen juristischen Person unterscheidet, und dadurch, dass die Gläubiger des mit einer Auflage Belasteten die Zuwendung ohne Rücksicht auf die Auflage ergreifen können, während eine Stiftung nur aus ihren eigenen Schulden haftet. (Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73 Anm. 6.)

Worten des § 2193: „die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll . . .“.

Die Unmöglichkeit des Gegenübertretens einer Berechtigung und die nicht unbedingte Anwendbarkeit der Vorschriften über Schuldverhältnisse, aber doch auch wieder die Gewährung eines Klagerechts auf Vollziehung der Auflage gemäss § 2194 nähert den Begriff der letztwilligen Auflage des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Auffassung des klassischen römischen Rechtes, als ob es sich hier weniger um eine wahre Obligation, wie bei dem Vermächtnis, als vielmehr um eine aus der Autorität des Erblassers hervorgegangene Verpflichtung handelt. Bezüglich der Rechtsstellung des durch die Auflage begünstigten Dritten wird mehr der Rechtszustand der vorgordianischen Zeit als der Justinians und des gemeinen Rechtes aufgenommen und die Auflage zugunsten eines Dritten wird schärfer von dem Vermächtnis unterschieden, als in diesen Rechten.

Indessen ist in Anbetracht der doch nicht allzu fernen Stellung der Auflage vom Vermächtnis in § 2192 bestimmt, dass gewisse Vorschriften über die Vermächtnisse bei der letztwilligen Auflage entsprechend Anwendung zu finden haben. Aber dieser Paragraph enthält eine „abschliessende Auswahl“ [1]) der analog anzuwendenden Paragraphen. Andere als die daselbst angeführten Paragraphen sind also nicht anzuwenden, sofern nicht etwa direkt, wie in den §§ 2186, 2187, 2188, auf die Auflage Bezug genommen wird.[2]) Es ist damit gleichzeitig gesagt, dass nicht etwa auf dem Umwege über die Vermächtnisse die Vorschriften über Schuldverhältnisse ohne weiteres auf die letztwillige Auflage übertragen werden könnten.

Unter Berücksichtigung dieser soeben im einzelnen dargelegten Merkmale könnte man die Definition der Auflage bei Schenkungen beziehungsweise Verfügungen von Todes wegen vielleicht folgendermassen fassen:

[1]) Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73 Anm. 17.

[2]) Herzfelder bei Staudinger, Kommentar, zu § 2192.

Auflage ist eine durch Privatwillenserklärung einer unentgeltlichen Zuwendung hinzugefügte Nebenabrede, durch welche, ohne die Zuwendung zu bedingen, zur Erreichung eines Nebenzweckes dem Zuwendungsempfänger eine Verpflichtung zu einer Leistung auferlegt, bei Auflagen bei Verfügungen von Todes wegen aber einem Anderen ein Recht auf die Leistung nicht zugewendet wird.

Der Umstand, dass das Bürgerliche Gesetzbuch trotz der zahlreichen sonstigen Übereinstimmungen gerade in dem in der Definition zuletzt genannten, wichtigen Punkte eine Abweichung der beiden Arten der Auflagen von einander normiert, der, wie in dem späteren Teile der Arbeit näher dargelegt wird, noch zu weiteren Abweichungen führt, lässt erkennen, dass das Gesetzbuch trotz der Aufstellung eines einheitlichen technischen Namens doch weit davon entfernt ist, einen Gesamtbegriff „Auflage" zu schaffen.

b. Was die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches zu den gemeinrechtlichen Theorien über den modus angeht, so hat das Gesetzbuch zunächst ohne Zweifel die Annahme der Windscheidschen Theorie von dem modus als „Voraussetzung" abgelehnt.[1]) Als Grund geben die Motive[2]) an, dass die Lehre von der „Voraussetzung" zu wenig durchgebildet sei, als dass sie die Grundlage für gesetzgeberische Bestimmungen bilden könnte.

Auch den Begriff „Nebenbestimmungen" verwendet das Bürgerliche Gesetzbuch nicht für „Auflage". Bei Besprechung der Bedingung und Befristung lehnen die Motive[3]) eine Zusammenfassung derselben mit der Auflage unter diesen „nicht einmal einwandfreien" Begriff ab. Übrigens würde die Charakterisierung der Auflage als einer „Nebenbestimmung" der Natur derselben als einer „selbstständigen" Nebenabrede widersprechen, zum mindesten

[1]) Windscheid-Kipp, Pandekten, I zu § 100.
[2]) Motive, II Seite 303; V Seite 212.
[3]) I Seite 249.

Zweifel daran entstehen lassen. Die Bezeichnung der Auflage als „Nebenbestimmung“ kann demnach für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr in Betracht kommen. Ebenso wenig ist auch die Savignysche Theorie von dem modus aufgenommen worden. Wohl aber kann man auch für das Bürgerliche Gesetzbuch in der Auflageanordnung eine „Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen“ sehen.[1])

c. Anders als die gemeinrechtliche Wissenschaft und das preussische Landrecht hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Unterschied zwischen modus simplex und qualificatus[2]) nicht aufrechterhalten.

Aus dem Gesetze selbst ist hierüber nichts Positives zu entnehmen; die Frage, ob die im gemeinen Recht mit modus simplex bezeichnete Zweckbestimmung — deren gemeinrechtlichen Namen wir der Kürze halber beibehalten — als ein besonderer Fall der Auflage anzusehen sei, ist der Wissenschaft und Praxis überlassen.

Darüber ist man sich einig, dass, wenn es sich hierbei nur um einen, das alleinige Interesse des Beschwerten verfolgenden „Rat“ handelt, die Anordnung rechtlich unverbindlich, also auch keine Auflageanordnung ist.

Wird und muss dem „modus simplex“ aber verpflichtende Kraft beigelegt werden, so fragt es sich, ob die Anordnung alsdann der „Auflage“ nach Wesen und Wirkung völlig gleich ist. Nur wenn dies der Fall ist, können wir für das Bürgerliche Gesetzbuch die Möglichkeit einer „Auflage zugunsten des Belasteten selbst“ anerkennen.

Zunächst müssen wir daher untersuchen, worin das verpflichtende Moment bei derartigen Anordnungen zu finden ist.

Dernburg[3]) weist darauf hin, dass die Eigenschaft des modus simplex als einer rechtlich verpflichtenden Anordnung,

[1]) Motive, I Seite 248.
[2]) Vgl. oben Seite 16.
[3]) Bürgerliches Recht, II § 210.

meistens durch das Verhältnis, in dem der Schenker zum Beschenkten steht (Eltern- und Kindesverhältnis), sich bestimmen wird. Insoweit stimme ich mit Dernburg vollkommen überein; nur, bin ich der Meinung, darf man nicht weiter gehen und behaupten, dass man daraus die Eigenschaft dieser Anordnung als einer „Auflage" entnehmen könnte. Denn das Moment der Verpflichtung des Empfängers ist etwas der Auflage ihrem innersten Wesen nach Eigentümliches: kann man dieses nur durch Deduktion aus einem zu der Anordnung selbst in keiner näheren rechtlichen Beziehung stehenden Aussenverhältnis in die Anordnung hineinbringen, so wird es nur etwas künstlich durch Hinzutreten äusserer Umstände Erzeugtes sein, nicht aber zu dem inneren Wesen der Anordnung selbst gehören, welch letzteres gerade das Merkmal der Auflage ist. Es wird zwar ein der Auflage an Voraussetzung und Wirkung ähnliches Rechtsgeschäft entstehen, das aber niemals begrifflich mit dieser zusammenfallen wird. Nicht mit einer Schenkung oder Verfügung von Todes wegen unter einer Auflage haben wir es dann zu tun, sondern mit einer Hingabe zu einem bestimmten Zweck. Ein Haupt- und Nebenzweck kann demnach hierbei nicht unterschieden werden, sondern nur ein einziger Zweck und zwar der mit dem modus simplex verfolgte. Der Zuwendungszweck tritt vollständig zurück.

Die Folge davon ist natürlich, dass, wenn bei Nichterfüllung des modus simplex die Rückforderung der Zuwendung geltend gemacht werden soll, diese bei Verfügungen unter Lebenden gemäss § 812 Absatz 2 und bei Verfügungen von Todes wegen auf dem Umwege über § 2078 Absatz 2 die ganze Zuwendung wird umfassen müssen, nicht dagegen, wie bei Auflagen gemäss §§ 527, 2196 nur den zur Verwendung der Auflage erforderlichen Betrag.

Ferner führt Endemann[1]) meines Erachtens mit Recht noch an, dass eine solche Leistung, die der Empfänger in

[1]) Bürg. Gesetzbuch, I § 109 Seite 475.

seinem eigenen Interesse vorzunehmen verspricht, nicht Gegenstand eines Forderungsrechtes, also auch nicht einer Auflage sein kann. Bei dem modus simplex ist keine der Auflagenverpflichtung eigentümliche „gegenüberstehende Interessensphäre“ vorhanden, da bei ihm die Verpflichtung sich nur auf solche Verpflichtungen erstreckt, die innerhalb „des Kreises der eigenen Interessen liegen“.[1]) Von einer Erfüllungsklage kann demnach bei dem „modus simplex“ niemals die Rede sein.

Die Ansicht der Motive,[2]) dass die Möglichkeit eines modus simplex aus „allgemeinen Grundsätzen“ — auf die sie selbst nicht näher eingehen — folgt, ist meines Erachtens viel zu unbestimmt, als dass man auf ihr allein seine Ansicht aufbauen könnte.

Ebensowenig vermag ich mich der Ansicht Lehmanns[3]) anzuschliessen, wonach im Prinzip zwar solche Anordnungen als Auflagen möglich, „praktisch aber kaum erzwingbar sein dürften“. Denn ein Prinzip, das nur um seiner selbst willen aufgestellt ist, ohne dass man irgend welche praktische Konsequenzen daraus ziehen könnte, hat für das den praktischen Bedürfnissen dienende Recht keinen Wert.

Die Konstruktion eines modus simplex ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch somit fremd.

§ 2.

Rechtsverhältnis zwischen Auflage und Zuwendung.

Die enge Verbindung, in welcher naturgemäss die Auflage mit der ihr zugrunde liegenden Zuwendung steht, zwingt uns, auf die rechtliche Natur dieser Verbindung etwas näher einzugehen.

I. Geschichtliches.

Die neben das Hauptgeschäft tretende den modus enthaltende stipulatio, wie das formlose pactum standen selbst-

[1]) Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73.
[2]) II Seite 300.
[3]) In Enneccerus-Lehmann, Bürg. Recht, II Seite 809, 810.

ständig neben der Schenkung und hatten mehr eine wirtschaftliche als juristische Modifikation der Zuwendung zur Folge. Überhaupt war in klassischer Zeit der noch nicht zur Ausbildung gelangte modus nicht geeignet, in ein engeres Verhältnis zur Zuwendung zu treten. Dies war erst dem justinianischen und dem gemeinen Rechte vorbehalten.

Das Verhältnis zwischen Schenkung und Auflage erklärt Savigny[1]) und übereinstimmend Girard[2]) als einen tauschartigen Innominatkontrakt, da hier eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung beziehungsweise eine condictio bestehe.

Indessen ist einmal die actio praescriptis verbis nicht in allen Fällen bei der donatio sub modo möglich, wenn nämlich der Schenker kein Interesse an der Leistung hat, oder der Inhalt des modus eine solche Leistung bildet, die den möglichen Gegenstand einer kontraktlichen Leistung nicht bilden kann.[3]) Auch sagt das Bestehen der actio praescriptis verbis nichts Positives über die Natur des betreffenden Geschäftes.[4]) Übrigens sprechen die Quellen gar nicht von einer „actio" praescriptis verbis, sondern von einem „agere" praescriptis verbis oder von einer „utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat".[5])[6]) Diese Ausdrücke sind so farblos, dass der Schluss, von der Möglichkeit, in dieser Weise zu klagen, auf die Natur des geltend gemachten Rechtsverhältnisses durchaus nicht am Platze erscheint. Denn nicht mit einer Klage, der aus dem Innominatkontrakte, haben wir es hier zu tun, sondern mit einer dem modus ebenso wie den Innominatkontrakten eigentümlichen Klage. Wir haben keine „actio praescriptis verbis", sondern so viele actiones, als es Möglichkeiten gibt, praescriptis verbis zu

[1]) System, III Seite 281; IV § 173.
[2]) Droit romain, pag. 590.
[3]) Erxleben, Condictiones, Seite 293.
[4]) Wendt, Reurecht etc., Seite 61.
[5]) Cod. 2, 4 c. 6.
[6]) Gradenwitz, Interpolationen, Seite 123 ff.

klagen.[1]) Nur die unleugbare Ähnlichkeit des modus mit einer reinen ob rem datio veranlasste die Römer das bei den Innominatkontrakten verwendete Formular auch auf den Fall der Modusanordnung auszudehnen. Lediglich von dem praktischen Gesichtspunkt, eine schon bekannte und geläufige Form der Geltendmachung eines Rechtes auf ein neues, als klagbar anerkanntes Rechtsgeschäft anzuwenden — liessen sich die Römer leiten. Theoretisch-dogmatischen Erörterungen ist diese Anwendung des agere praescriptis verbis nicht entsprungen, und ebenso wenig haben die Römer dogmatische Konsequenzen daraus gezogen.

Dass die donatio sub modo kein Innominatkontrakt sein kann, geht daraus hervor, dass das jenen Kontrakten wesentliche Moment der Äquivalenz von Zuwendung und Leistung bei der donatio sub modo gerade nicht vorhanden ist. Denn weder an sich, noch auch nach Ansicht des Gebers ist der modus ein Äquivalent der Zuwendung,[2]) sondern nur eine wirtschaftliche Last, eine Verminderung der Zuwendung. Für das Vorhandensein einer „convention synallagmatique“[3]) kann kein Quellenbeweis erbracht werden.

Aus dem zuletzt genannten Grunde ist auch die von Scheurl[4]) und von Lammfromm[5]) vertretene Ansicht, der seiner Natur nach einseitige Schenkungsvertrag sei durch vertragsmässige Übernahme der Auflageerfüllung zu einem „gegenseitigen Vertrage“ geworden, zurückzuweisen.

Erxleben[6]) sieht die donatio sub modo als „ein aus Schenkung und Verpflichtung gemischtes Geschäft an, dessen Bestandteile sich in praktischer Hinsicht allerdings auseinander halten lassen. Die beiden durch die Schenkung und die

[1]) Dazu Pernice, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. 9 S. 248 ff. und Labeo, Seite 88 ff.

[2]) Serafini, Istituzioni, I § 28 pag. 229.

[3]) Girard, l. c.

[4]) Nebenbestimmungen, Seite 256.

[5]) Teilung etc.

[6]) Condictiones, Seite 255 ff.

Auflageverpflichtung verfolgten Zwecke seien in untrennbarer Verbindung gewollt. Dabei sei aber die Schenkung nur das Mittel zur Erfüllung der Auflage". Dadurch wird aber doch, wie Wendt[1] richtig bemerkt, die donatio sub modo zu einer reinen ob rem datio, was sie keinesfalls ist.

Durch die von uns aufgestellte Modifikation der Lehre vom modus als Bestimmung eines Nebenzweckes nähern wir unsere Auffassung der von Wendt[2] und Benner[3] vertretenen Ansicht, dass die donatio sub modo ein Rechtsgeschäft mit einer Doppelkausa sei, mit einer causa donandi und causa futura, die im modus enthalten ist, ohne aber, wie Wendt und Benner es tun, diese beiden Zwecke in ihrer Einwirkung auf das Rechtsgeschäft einander völlig gleichzustellen; denn der „causa futura", die im modus enthalten ist, kann meines Erachtens der Charakter eines Nebenzweckes nicht abgesprochen werden. Das Wesen der Zuwendung als einer Liberalität ändert sich dabei nicht. Die Schenkung ist nur Schenkung, nicht eine Mischung von Schenkung und Zweckgabe.[4] nicht, wie z. B. Göschen[5]) behauptet, nur soweit Schenkung, als der Wert der Zuwendung den der Auflage übersteigt. Infolgedessen greifen auch auf die ganze Schenkung die Vorschriften über donationes Platz, so also z. B. Nichtigkeit der ganzen Schenkung unter Ehegatten.[6])

[1]) Reurecht, Seite 61.

[2]) l. c.

[3]) Die donatio sub modo, Seite 12.

[4]) Wendt, l. c., Seite 64; Regelsberger, Pandekten, § 170; Brinz, Pandekten, § 557.

[5]) Civilrecht, II$_2$ § 542.

[6]) Dass nicht die Schenkung in ihrer ganzen Höhe der Insinuation unterlag, sondern in der Praxis bei Berechnung der Insinuationssumme die zur Erfüllung der Auflage erforderliche Summe von der Schenkung in Abzug gebracht wurde (Seuffert, Archiv, VI 38, 18, 136; Entscheid. des Reichsgerichts, Bd. 18 Seite 180) kann dies nicht beeinflussen, da dabei wesentlich praktische Gesichtspunkte mitspielten, weil hier, soweit die Leistung des Belasteten reichte, also in Höhe des modus, keine unüberlegte Weggabe des Vermögens vorliegen dürfte, wogegen allein die Insinuation schützen sollte.

Das von der donatio sub modo soeben Gesagte ist meines Erachtens, mit Wendt[1]) und Lammfromm[2]) auch auf das Verhältnis des modus zu dem ihm zugrunde liegenden legatum auszudehnen, indem hier zu der causa legandi die causa futura, ut aliquid fiat, hinzutritt. Auch hier kann dem modus nicht die Kraft beigelegt werden, den eigentümlichen Charakter des Legates aufzuheben. Das Hinzutreten des modus zu dem als solchen bestehen bleibenden Legat wird in Cod. 6, 45 c. 1 treffend mit modus „adscriptus" angedeutet.

Das preussische Landrecht weicht von der gemeinrechtlichen Theorie der donatio sub modo wesentlich ab, indem es dieselbe ausdrücklich in § 1053 A.L.R. I, 11, allerdings nur im Zweifel, als „lästige Verträge" bezeichnet.

II. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch steht infolge der von ihm anerkannten Natur der Auflage als einer einen Nebenzweck verfolgenden Bestimmung und einer selbständigen Anordnung das Rechtsverhältnis zwischen Auflage und Schenkung der Anschauung des römischen und gemeinen Rechtes, wie sie oben dargelegt, näher als der des Allgemeinen Landrechtes, dessen Vermutung nicht aufgenommen ist.

a. Die Hinzufügung einer Auflage zu einer Schenkung hat die Bedeutung einer „wirtschaftlichen Beschränkung der Liberalität",[3]) einer rechtlichen und wirtschaftlichen „Last".[4]) Trotz des Gegenüberstehens von Vermögens-

[1]) l. c.

[2]) Teilung etc., Seite 101.

[3]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, Seite 530; Staudinger, Kommentar, Anm. II zu § 527.

[4]) Sehr treffend bezeichnet das moderne italienische Recht die donatio sub modo als „donazione per cui s'imponga qualche peso (oder: oneri) al donatario (art. 1051, 1077, capov. 2, 1080 Codice civile). Im übrigen möchte ich die italienische Theorie von der donatio sub modo zur Erklärung des deutschen Begriffes nicht heranziehen, angesichts der Bestimmung des art. 1080 Codice civile, der sagt: l'inadempimento dei pesi imposti al donatario bewirke, dass la condizione risolutiva (!) . . . si verifica.

zuwendung einerseits und Verpflichtung andrerseits verliert die erstere ihren Charakter als unentgeltliche Zuwendung nicht.[1]) Denn die Verpflichtung durch die Auflage ist und soll kein Äquivalent für die Vorleistung des Schenkers sein. Wo bliebe denn dann noch eine unentgeltliche Zuwendung?[2]) Wohl „nähert sich" dieses Rechtsverhältnis einem gegenseitigen Vertrage, wie Matthiass[3]) und Ortloff[4]) mit Recht sagen. Die Ansicht aber, dass Schenkung und Auflage wirklich einen gegenseitigen Vertrag bilden, wie sie z. B. von Lammfromm vertreten wird, muss entschieden zurückgewiesen werden.

Man kann sich auch nicht etwa zur Begründung dieser Ansicht, dass es sich hier um einen gegenseitigen Vertrag handele, auf § 527 berufen. Damit, dass das Bürgerliche Gesetzbuch im § 527 die Vorschriften über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen heranzieht, soll nur gesagt werden, dass die Voraussetzungen der Rückforderungsklage aus § 527 dieselben sind wie diejenigen, welche bei gegenseitigen Verträgen zum Rücktritt berechtigen. Dass damit das Bürgerliche Gesetzbuch für die Schenkung unter einer Auflage die Theorie des gegenseitigen Vertrages angenommen habe, lässt sich diesem, allerdings etwas unglücklich gefassten, Paragraphen nicht entnehmen. Im Gegenteil kann man das Irrige dieser Ansicht leicht nachweisen.

Die Anhänger der Theorie des gegenseitigen Vertrages müssen nämlich bei der nachträglichen, zufälligen, also unverschuldeten Unmöglichkeit der Auflage den Beschwerten von der Verpflichtung auf Grund des § 323 frei werden lassen.[5]) Nach diesem Paragraphen müsste der Be-

[1]) Crome, l. c., Seite 531.

[2]) Ortloff in Kohlers Archiv, Bd. 20 Seite 299; Cosack, I § 140; Staudinger, Kommentar, l. c.

[3]) Bürg. Gesetzbuch, I Seite 535.

[4]) l. c.

[5]) Auch Matthiass (Bürg. Gesetzbuch, I § 112 V D) führt diesen Paragraphen an, ohne sonst die Theorie des gegenseitigen Vertrages zu vertreten.

schwerte die Schenkung in ihrem ganzen Umfange nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgeben. Nun sagt aber § 527 selbst, dass im Falle einer vom Beschenkten verschuldeten Unmöglichkeit dieser das Geschenk nur insoweit herauszugeben verpflichtet sei, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Bei unverschuldeter Unmöglichkeit müsste also der Beschenkte die ganze Zuwendung herausgeben, bei verschuldeter nur den zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Teil. Dass eine zu solchen Konsequenzen führende Theorie dem Sinne des Gesetzes nicht entsprechen kann, bedarf keiner weiteren Darlegung.[1])

Die Frage, wann die Verbindlichkeit zur Erfüllung der Auflage bei Schenkungen entsteht, wird bei dem Auseinanderfallen von Schenkungsversprechen und dessen Erfüllung von Bedeutung sein.

Man kann die Verbindlichkeit bereits mit der Annahme des Schenkungsversprechens entstehen lassen, wie Cosack[2]) es tut, und dann in der durch § 525 normierten Vorleistungspflicht des Schenkers nur eine Regelung über den Zeitpunkt der Erfüllung der Leistungen sehen. Man kann aber auch mit Endemann[3]) der Bestimmung des § 525 die Bedeutung beilegen, dass erst aus der Hingabe des geschenkten Gutes die Rechtspflicht der Auflagenerfüllung entstehen soll, so dass diese Verpflichtung als eine nach Art des Realvertrages begründete erscheint, eine Meinung, die auch von Oertmann[4]) und Planck[5]) vertreten wird. Ich möchte mich eher für diese als für jene entscheiden.

---

[1]) Diese Deduktion ist nicht ungeeignet, unsere oben (Seite 23) ausgeführte Theorie der Natur der Auflage als einer selbständigen Verfügung neben der Schenkung wesentlich zu unterstützen.

[2]) Bürg. Gesetzbuch, I § 140.

[3]) Bürg. Gesetzbuch, I § 164.

[4]) Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 2a zu § 525.

[5]) Kommentar Anm. zu § 525.

b. Bei Verfügungen von Todes wegen wird ebenso wie bei Schenkungen die Zuwendung durch eine Auflage in keiner Weise ihrem juristischen Wesen nach geändert. Sie bleibt Erbeinsetzung oder Vermächtnis und verliert nicht den ihr innewohnenden Charakter einer Liberalität.[1] Die Auflage ist vielmehr eine selbständige Verfügung, die für sich bestehen, und für sich auch unwirksam sein kann.[2] Dass die Zuwendung allerdings eine Minderung erfährt, was übrigens, wie bei Schenkungen gar nicht einmal der Fall zu sein braucht, bedeutet mehr eine wirtschaftliche Last als eine juristische Beschränkung der Zuwendung.

Auch hier ist, wie bei Schenkungen auf das Entstehen der Verpflichtung des Belasteten etwas näher einzugehen.

Bei Anordnung einer Auflage bestimmt § 1940 ausdrücklich, dass „der Erblasser" den Erben oder Vermächtnisnehmer „zu einer Leistung verpflichte". Von einem Vertrage des Belasteten ist hier nicht die Rede. Wie sollte auch daran gedacht werden, wenn der Belastete z. B. von der Zuwendung oder der Auflage erst nach dem Erbfalle hört? Auch das in § 2194 den dort genannten Personen gewährte Recht ist keins aus einem Vertrage herrührende. Auch bei Anordnung einer Auflage in einem Erbvertrage — was gemäss §§ 1941, 2278 Absatz 2 möglich ist — wird bezüglich der Auflage nur eine Bindung des Erblassers erzielt, nicht aber auch des anderen Teiles.

Bei Auflagen von Todes wegen entsteht die Verpflichtung vielmehr infolge der Anordnung derselben in der letztwilligen Verfügung und infolge des Überganges der ihr zugrunde liegenden Zuwendung auf den Belasteten. Damit ist schon gesagt, dass, anders als bei Auflagen bei Schenkungen, direkte Annahme der Zuwendung in Kenntnis der Verpflichtung nicht erforderlich ist. Die Verpflichtung entsteht vielmehr schon mit dem Erbfall oder Nacherbfall.

[1]) Crome, Part. Rechtsgeschäfte, Seite 531.
[2]) Frommhold, Erbrecht, Anm. zu § 2192.

Auch die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers aus der Auflage entsteht nicht erst, wie bei Schenkungen, mit der Annahme der Zuwendung, sondern schon mit dem Anfall oder, wie § 2186 genauer sagt, schon[1]) dann, wenn der Vermächtnisnehmer die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen auch nur „berechtigt" ist, mag er dieses Recht auch noch nicht ausgeübt, das Vermächtnis noch nicht erlangt haben. Ferner setzt das schon „vor" der Annahme des Vermächtnisses zulässige Recht, „die Erfüllung zu verweigern" (§ 2187 per argumentum e contrario) eine schon „vor" der Annahme entstandene Verpflichtung des Beschwerten voraus. Es ist also nicht richtig, wenn Endemann[2]) sagt, dass der Belastete erst durch die Annahme civilrechtlich zur Erfüllung verbunden wird.

Jedoch ist hierbei die Annahme der letztwilligen Zuwendung nicht völlig ohne Bedeutung auf die Verpflichtung des Beschwerten. Schlägt er aus, so hört er, wenn er Erbe war, auf, Erbe zu sein, und damit für die Auflage zu haften. Ist er Vermächtnisnehmer, so verliert er das Vermächtnis und damit geht nach §§ 2162, 2192 auch die Auflage auf einen anderen Beschwerten über. Insofern hat also auch für letztwillige Auflagen die tatsächliche Annahme der Zuwendung Bedeutung, als erst durch sie eine „endgiltige" Verpflichtung entsteht. Bei letztwilligen Auflagen wird also die Verpflichtung durch die Annahme der Zuwendung nur modifiziert, während sie bei Schenkungen durch die Annahme überhaupt erst begründet wird.

[1]) Der § 2186 sagt zwar „erst", wählt dieses Wort aber augenscheinlich nur, um auszudrücken, dass als der Zeitpunkt, in dem die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage entsteht, nicht stets der Erbfall, sondern der möglicherweise später fallende Zeitpunkt des Entstehens der Vermächtnisforderung (§§ 2177, 2178) bezeichnet werden soll.

[2]) Bürg. Gesetzbuch, III § 73.

§ 3.

Wertverhältnis zwischen Auflage und Zuwendung.

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Höhe des Wertes der Zuwendung der Höhe der Auflage eine Grenze setzt. Für unsere Darstellung ist es zweckmässiger, die letztwillige Auflage vorweg zu behandeln.

I. Bei letztwilligen Auflagen sind zunächst wieder die beiden Fälle auseinanderzuhalten, dass der Beschwerte Erbe oder Vermächtnisnehmer ist.

a. Ist der Belastete Erbe, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich den römischen Grundsatz der unbeschränkten Haftung auch für die Auflagen durch den § 1967 aufgenommen. Jedoch sind die Mittel, diese grundsätzlich so strenge Haftung zu erleichtern, sehr mannigfach.

α. Hat der Erbe die Auflage noch nicht erfüllt, so kann er gemäss den §§ 1967 Absatz 2, 1975 durch Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs seine Haftung auf den Nachlass, also auf die Höhe der Zuwendung beschränken. Ist mangels einer den Kosten entsprechenden Masse die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde das Verfahren eingestellt, so kann der Erbe auf Grund von § 1990 Absatz 1 doch die Befriedigung der Auflage insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht, also auch auf diesem Wege seine Verpflichtung auf die Höhe des Nachlasses beschränken.[1])

Für den Fall, dass die Überschuldung nur auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, gewährt § 1992 noch die Erleichterung, dass der Erbe, „auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen", er also Nachlass-

[1]) Alsdann muss er aber den Nachlass im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben (§ 1990) und die Berichtigung der Verbindlichkeiten aus Auflagen erfolgt dann wie im Falle des Konkurses (§ 1991 Absatz 4), also unter Berücksichtigung des § 226 Konkursordnung.

verwaltung oder Nachlasskonkurs beantragen müsste,[1]) berechtigt ist, auch ohne diese Mittel die Haftung des Erben gemäss den soeben besprochenen §§ 1990, 1991 auf den Nachlass beschränken zu können. Er kann also auch in diesem Falle die Erfüllung der Auflage insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht.[2])[3])

3. Hat der Erbe die Auflage bereits erfüllt, so ist die Frage folgendermassen zu entscheiden:

Hat der Erbe im guten Glauben an die Zulänglichkeit der Zuwendung die Auflage erfüllt, so ist er durch § 1979 geschützt, wonach die Berichtigung der Auflage als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt. Hat er die Zahlung also aus Nachlassmitteln bewirkt, so darf gegen ihn von seiten der Nachlassgläubiger kein Anspruch erhoben werden. Hat der Erbe die Zahlung aus eigenen Mitteln bewirkt, so kann er vollen Ersatz beanspruchen.[4])[5])

Sollte der Erbe aber durch § 1979 nicht gedeckt sein, weil er den Umständen nach nicht annehmen durfte, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreichen werde, so kann er, sofern er nur in tatsächlicher Unkenntnis der Unzulänglichkeit des Nachlasses erfüllt hat, doch nach §§ 813, 814 insoweit einen Rückforderungsanspruch gegen den Begünstigten erheben, als die berichtigte Auflage bei dem Verfahren gemäss

[1]) Was ihm natürlich auch in diesem Falle unbenommen bleibt. Nur ist in diesem Falle § 1980 Absatz 1 Satz 2 zu beachten.

[2]) Auch hier muss der Erbe grundsätzlich den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung herausgeben, allerdings mit der Modifikation gegenüber den §§ 1990, 1991, dass er die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden kann. (§ 1992 Satz 2.)

[3]) Es beruht dies jedenfalls auf dem Gedanken, dass der Auflage grundsätzlich durch die Höhe der Zuwendung eine Grenze gesetzt sein soll.

[4]) Ritgen bei Plancks Kommentar, Anm. 1 zu § 1979.

[5]) Im Falle des Nachlasskonkurses ist er dann Massegläubiger (Konkursordnung, § 224 No. 1).

§ 1990 ausgefallen wäre,[1]) also nicht auf den ganzen Betrag, der zur Erfüllung der Auflage verwendet worden ist.

Haftet der Erbe dagegen unbeschränkt für die Nachlassverbindlichkeiten, so tritt auf Grund von § 2013 Abs. 1 eine Beschränkung der Auflage auf die Höhe des Nachlasses gemäss §§ 1979, 1990, 1991 und 1992 nicht ein. Er kann also, wenn er bereits erfüllt hat, keinen Anspruch darauf machen, Ersatz für die aus eigenen Mitteln zur Erfüllung der Auflage gemachten Aufwendungen zu verlangen.

Andererseits wird auch die Kürzung der Auflagen bei hinreichender Zulänglichkeit der Zuwendung den Erben gestattet. So bestimmt schon das gemeine Recht auf Grund von Cod. 3, 28 c. 32 (si . . . aliqua dispositione . . . modum vel aliud gravamen introducente . . . iura . . . minuta esse videantur . . . dispositio moram vel quodcumque onus introducens tollatur), dass bei Verletzung des Pflichtteils durch eine Auflage diese als nicht geschrieben gelten solle.[2]) In Übereinstimmung mit §§ 398, 433 A.L.R. II. 2 hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 2306 eine ähnliche Bestimmung für den Fall getroffen, dass der einem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt; eventuell bleibt es in das Belieben des Pflichtteilsberechtigten gestellt, den Erbteil auszuschlagen.[3]) Schlägt er aber nicht aus, so hat er die Auflage ohne Rücksicht auf das Wertverhältnis zu erfüllen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht aber noch weiter, indem der § 2318 Absatz 1 eine Kürzung der Auflage auch zulässt, nur zwecks Tragung der Pflichtteilslast,[4]) ohne

[1]) Ritgen in Plancks Kommentar, Anm. 5 zu § 1991.

[2]) Dernburg, Pand., III § 155.

[3]) Dies kann aber wieder insoweit zu einer Kürzung der Auflage führen, als derjenige, welchem die Ausschlagung zu statten kommt, die Auflage soweit kürzen kann, dass ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt. Vgl. darüber folgende Anmerkung.

[4]) Beispiel: Sollte der positive Nachlassbestand 1000 Mark sein, die Auflage 100 Mark und von dem Nachlass ein Pflichtteil von

dass hier irgend welche Beeinträchtigung durch die Auflage vorzuliegen braucht.[1]) Der Absatz 3 des § 2318 sieht sogar noch eine weitere Kürzung der Auflage vor für den Fall, dass der Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist.

b. Ist der mit einer Auflage Belastete Vermächtnisnehmer, so kannte das klassische römische Recht eine Begrenzung der Höhe der Auflage durch den Wert der Zuwendung nicht. „Denn ohne cautio erhielt der Legatar das Vermächtnis nicht und eine nachträgliche Beschränkung der Klage aus der cautio trat nicht ein.“[2]) Die Einschiebung: hoc tum demum, si largiatur portio, quam accepit ad servi pretium in der Stelle D. 40, 5 fr. 7 ist, wie Pernice[3]) und Lammfromm[4]) meines Erachtens überzeugend nachgewiesen haben, eine Interpolation. Der Grundsatz einer durch den Wert der Zuwendung gesetzten Grenze für die Höhe der Auflage kann also erst als eine Schöpfung Justinians angesehen werden.

α. Dieser justinianische Gedanke ist bei Belastung eines Vermächtnisnehmers als Grundsatz ebenfalls vom Bürgerlichen Gesetzbuch im Gegensatz zu dem von ihm bei Belastung eines Erben vertretenen Standpunkt aufgenommen worden. Der § 2187 gibt dem belasteten Vermächtnisnehmer das Recht, „die Erfüllung der Auflage insoweit zu verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält,[5]) zur Erfüllung nicht ausreicht“. Da dies nur eine Einrede ist, setzt § 2187 voraus, dass Er-

375 Mark (= $^3/_8$ des Nachlasses) zu zahlen sein, so braucht gemäss § 2318 Absatz 1 Satz 2 der Erbe nicht 375 + 100 Mark zu zahlen, sondern nur 375 + (100 — $^1/_{10}$ · 375).

[1]) Hat dagegen der Erbe gemäss den §§ 2320, 2321, 2322 die Pflichtteilslast nicht zu tragen, so ist § 2318 Absatz 1 nicht anwendbar (§ 2323).

[2]) Lammfromm, Teilung etc., Seite 112.

[3]) Labeo, Seite 37 Note 2.

[4]) Teilung, Seite 110.

[5]) „Portio quam accepit“ (D. 40, 5 fr. 7)!

füllung der Auflage noch nicht erfolgt ist.[1])[2]) Nach Absatz 3 des § 2187 finden die bereits oben[3]) besprochenen §§ 1992, 1990, 1991 entsprechende Anwendung.

3. Von einer Klage nach bereits begonnener oder vollendeter Erfüllung der Auflage spricht § 2187 allerdings nicht. Die Einrede aus § 2187 hilft hier nichts. Indessen wird, unbeschadet unserer Ansicht, dass Zweckgaben und Auflage scharf zu trennen sind, die analoge Anwendung des § 813 der geeignete Ausweg in diesem Falle sein. Nur muss die Möglichkeit einer Klage aus diesem Paragraphen davon abhängig gemacht werden, dass der Belastete zur Zeit der Erfüllung keine Kenntnis von dem Mangel hatte, andernfalls anzunehmen ist, dass er auf dieses Recht verzichtet hat.

In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte[4]) gestattet ferner das Bürgerliche Gesetzbuch in § 2188 dem belasteten Vermächtnisnehmer eine verhältnismässige Kürzung der Auflage, auch wenn die Zuwendung zur vollen Tilgung derselben noch ausreichen würde, sofern die Zuwendung „auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichtteilsanspruches oder in Gemässheit des § 2187 gekürzt wird".[5])[6])

[1]) Dass derjenige, der gemäss § 2161 an Stelle des Beschwerten tritt, gemäss § 2187 Absatz 2, nicht weiter haftet, als dieser, sei der Vollständigkeit halber erwähnt.

[2]) Bei der Verurteilung eines mit einer Auflage belasteten Vermächtnisnehmers zur Leistung der Auflage und bei der Zwangsvollstreckung ist der § 786 C.P.O. in Verbindung mit den §§ 780 Absatz 1, 781, 785 C.P.O. zu beachten.

[3]) Seite 40 Anm. 1, und 41 Anm. 2.

[4]) D. 35, 1 fr. 43 § 3: quanto minus tibi praestiterit, tanto minus te Titio praestare non esse iniquum; D. 35, 2 fr. 32 § 4: pro portione ex quinque detrahendum ait; §§ 334, 351 A.L.R. I, 12; code civil art. 926, 927.

[5]) Über Rangbestimmungen für den Fall der Kürzung der Auflagen, vgl. § 2189.

[6]) Der dispositive Charakter des § 2188 ermöglicht es, wo dies dem Willen des Erblassers entspricht, auch anderen benigniores

II. Für die Auflagen unter Lebenden ist aus den römischen Quellen über unsere Frage nichts mit Bestimmtheit zu entnehmen. Das zweimalige ex eo in D. 35, 1 fr. 17 § 4 kann man kaum als ausschlaggebend betrachten, zumal die anderen Stellen zumeist sich dieser Frage gegenüber indifferent verhalten.[1]) Auch die im Codex des öfteren erwähnte lex dicta, die man vielleicht dazu verwenden könnte, um zu behaupten, dass, wenn die Auflage die Zuwendung übersteige, keine lex rei „suae" dicta mehr vorliege, kann nichts dafür beweisen, da dies wohl nur eine von den Kaisern benutzte Aushilfewendung ist.[2]) Jedenfalls kann man aus den Quellen nicht entnehmen, dass der vertragsmässig übernommenen Verpflichtung zur Erfüllung eines modus bei einer Schenkung durch die Höhe der letzteren ohne weiteres eine Grenze gesetzt sei.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es vermieden, über unsere Frage eine prinzipielle Entscheidung zu treffen. Nur der Fall ist ausdrücklich in § 526 geregelt, dass die Unzulänglichkeit der Zuwendung zur Deckung der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen infolge eines Mangels im Recht oder der verschenkten Sache eingetreten ist, eine Unterscheidung, die für die Auflage bei Verfügungen von Todes wegen nicht aufgenommen ist. Dieser Paragraph trifft also den Fall der Entwehrung des Geschenkten. Der Mangel im Recht muss demnach zur Zeit der Annahme vorhanden sein, ebenso der Mangel der Sache.[3])

a. In diesem Falle hat der Beschenkte, wenn und so lange er die Auflage noch nicht erfüllt hat, eine Einrede, und zwar auch dann, wenn er bei Annahme des Geschenkes den Mangel bereits kennt, wenigstens sagt das

sententiae Geltung zu verschaffen; die Stellen D. 35, 2 fr. 25 § 1 und D. 33, 1 fr. 21 § 1 passen auch auf das heutige Recht.

[1]) Lammfromm, Teilung, Seite 152 ff.

[2]) Pernice, Labeo, Seite 92.

[3]) Zu vergleichen sind die §§ 434 ff., 450 ff.

Gesetz nichts darüber;[1]) nur darf er die Unzulänglichkeit der Zuwendung infolge dieses Mangels nicht gekannt haben.

Diese Einrede ist im Gegensatz zu der dem Vermächtnisnehmer in § 2187 gegebenen Einrede nur eine dilatorische, so lange nämlich, als bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen ist. Von einer Herausgabe des Geschenkes, wie sie § 2187 vorsieht, spricht § 526 nicht.

b. Hat der Beschenkte die Auflage bereits erfüllt, so ist zu unterscheiden, ob er bei der Erfüllung den Mangel kannte oder nicht.

α. In letzterem Falle hat er gemäss Satz 2 des § 526 eine Klage auf Ersatz der Aufwendungen insoweit, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen.[2]) Fahrlässige Unkenntnis genügt in diesem Falle aber nicht.[3])

β. Im ersten der beiden genannten Fälle, bei Kenntnis des Mangels zur Zeit der Erfüllung hat der Belastete einen Anspruch aus § 526 nicht, da er in diesem Falle als auf ihn verzichtend angesehen werden muss.

Der Unterschied zwischen beiden Arten der Auflage besteht hierbei einmal in der nur bei Schenkungen aufgenommenen ausdrücklichen Normierung einer Klage für den Fall des Missverhältnisses zwischen Schenkung und Auflage, ferner in der Richtung dieser Klage und der, welche auf Grund von § 813 eventuell dem Vermächtnisnehmer zu gewähren ist. Denn letztere geht gegen den Begünstigten selbst, die dem Beschenkten aus § 526 zustehende Klage dagegen nur gegen den Schenker.

Da dieser Paragraph nur für einen bestimmten Fall der Unzulänglichkeit der Zuwendung eine Beschränkung der

[1]) Crome, Bürg. Gesetzbuch, II Seite 520; Cosack, Bürg. Recht, I Seite 496.

[2]) Diese Vorschrift erinnert an § 1055 A.L.R. I, 11.

[3]) Oertmann, Schuldverhältnisse, Seite 246; Staudinger, Kommentar zu § 526; Schollmeyer, Kommentar, Seite 32.

Verpflichtung eintreten lässt, ergibt sich daraus per argumentum e contrario, dass „begrifflich nichts im Wege steht", dass die Auflage grösser sei als die Zuwendung.[1])[2]) Es stimmt dies auch völlig mit unserer Auffassung von dem Wesen der Auflage des Bürgerlichen Gesetzbuches überein. Denn die Natur der Auflage als einer selbständigen Anordnung würde in Frage gestellt werden, wollte man die Höhe der Auflage von der der Zuwendung abhängig machen.

Crome[3]) will infolgedessen in den sonstigen Fällen unter allen Umständen die volle unbeschränkte Haftung für die Auflage eintreten lassen, ohne Rücksicht auf einen etwaigen Irrtum des Beschenkten über das Wertverhältnis. Diese Ansicht dürfte aber wohl zu weit gehen. Ich schliesse mich vielmehr der Meinung Oertmanns[4]) an, der es unter Berücksichtigung des Prinzipes von Treu und Glauben als eine Forderung der Billigkeit ansieht, dass in dem Falle, wenn „entgegen der berechtigten Vorstellung der Kontrahenten" die Höhe der Auflage die der Zuwendung übersteigt, der Empfänger der Zuwendung eine Einrede bezw. eine Klage nach Analogie der in § 526 gegebenen erhalten sollte.[5])

Zu derselben Analogie wird man greifen müssen, wenn die Schenkung z. B. durch einen Rückforderungsanspruch aus § 2329, also zweifellos nicht infolge eines zur Zeit der Annahme der Schenkung vorhandenen Mangels im Rechte eine Minderung erfährt. Ebenso wird auch der Fall zu beurteilen sein, dass die Unzulänglichkeit der Zuwendung

[1]) Staudinger, Kommentar, Ziff. II zu § 525.

[2]) Eine dem § 1065 des sächsischen B.G.B. entsprechende Bestimmung, dass eine Schenkung unter einer Auflage nur soweit als Schenkung anzusehen sei, als der Wert der Zuwendung den der Auflage übersteige, ist in dem deutschen B.G.B. nicht aufgenommen.

[3]) Bürg. Recht, II § 232 Anm. 17.

[4]) Recht der Schuldverhältnisse, Seite 246 Ziff. 4.

[5]) Indessen ist nicht in Abrede zu stellen, dass solche Fälle selten sein werden, da die Parteien dann wohl meistens eine andere Form als gerade die einer Schenkung wählen werden.

durch Anfechtung im Konkurs gemäss § 32 Ziffer 1 oder § 3 Ziffer 3 des Anfechtungsgesetzes eintritt, und der Beschenkte nicht durch § 37 Absatz 2 Konkursordnung oder § 7 des Anfechtungsgesetzes geschützt ist, also z. B. die Zuwendung noch vor Erfüllung der Auflage herausgeben muss.

Dass diese Analogie dem Sinne des Gesetzes nicht entspräche, kann man wohl nicht sagen, angesichts der Tatsache, dass für Vermächtnisse eine ähnliche Regelung direkt durch das Gesetz getroffen ist, da § 2187 auch dann Platz greift, wenn das „Nichtausreichen des Vermächtnisses" nicht einem Mangel im Rechte oder der Sache entspringt. Weshalb sollte man aber bei der, noch unzweifelhafter eine Liberalität darstellenden Schenkung eine strengere Haftung eintreten lassen als bei Vermächtnissen?

§ 4.

Die bei einer Auflage in Betracht kommenden Personen.

Die Personen, welche bei einer Auflage in Betracht kommen können, sind nach folgenden drei Richtungen hin einer näheren Besprechung zu unterziehen: Wer kann eine Auflage anordnen, wer mit einer Auflage belastet werden und wem kann eine solche zugute kommen?

I. Wer kann eine Auflage anordnen?

Diese Frage entscheidet sich nach den Vorschriften, welche für die Fähigkeit zur Errichtung der einer Auflage zugrunde liegenden Schenkung oder Verfügung von Todes wegen gelten, insofern als nur derjenige, der eines dieser Rechtsgeschäfte vornehmen kann, auch rechtlich fähig zur Anordnung einer Auflage ist. Es empfiehlt sich daher, auch hier diese beiden Fälle auseinanderzuhalten.

a. Eine Auflage bei einer Schenkung kann demnach nur der anordnen, der voll geschäftsfähig ist. Ein Minderjähriger bedarf nach § 107 zu einer Auflageanordnung der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Selbst

wenn auch die Auflage völlig zugunsten des Minderjährigen geht, bedarf er der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters mindestens indirekt — wenn ich so sagen darf —, da er ohne diese keine Schenkung machen kann.[1])

b. Eine letztwillige Auflage kann nur derjenige anordnen, der durch Rechtsgeschäfte von Todes wegen eine Zuwendung machen kann. Jedoch sind für das Bürgerliche Gesetzbuch die Voraussetzungen verschieden, je nachdem die Anordnung im Testament (§ 1940) oder Erbvertrag (§§ 1941, 2278 Absatz 2) getroffen ist. Im ersten Falle genügt Testierfähigkeit, d. h. nach § 2229 Absatz 2 ein Alter von 16 Jahren, ohne dass hier, im Gegensatze zu Schenkungen, Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich wäre. Wird die Auflage durch Erbvertrag angeordnet, so verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 2275 für den Anordnenden volle Geschäftsfähigkeit, wie bei Schenkungen. Ehegatten können eine Auflage in einem Erbvertrage zwar auch anordnen, wenn sie beschränkt geschäftsfähig sind, bedürfen dann aber noch der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eventuell noch des Vormundschaftsgerichts.

II. Mit einer Auflage belastet werden kann derjenige, welcher durch die Schenkung oder durch die Verfügung von Todes wegen etwas erhält. Das besagt in Übereinstimmung mit dem gemeinen und preussischen Recht § 525 Absatz 1 und § 1940.

a. Für das klassische römische Recht lässt sich aus den Quellen nicht mit Sicherheit die Möglichkeit feststellen, dass Auflagen bei Erbeinsetzungen zugelassen waren. Die Stelle, in der eine Erbeinsetzung sub modo erwähnt wird,[2]) wird von Pernice[3]) mit Recht der Interpolation verdächtigt.

[1]) Zu beachten ist, dass der Vormund als solcher nicht in der Lage ist, in Vertretung des Mündels Auflagenanordnungen zu treffen, da er in dieser Weise auch keine Schenkungen machen kann (§ 1804 B.G.B.).

[2]) D. 28, 7 fr. 8 § 7.

[3]) Labeo, Seite 28, 32.

In justinianischer Zeit bestand jedenfalls an dieser Möglichkeit kein Zweifel. Ebenso hat das gemeine Recht, ungeachtet mancher gegenteiligen Meinung, dies anerkannt, und diesem folgt auch das preussische Recht in den §§ 61. 508 A.L.R. I, 12.

Für das Bürgerliche Gesetzbuch kann dank der ausdrücklichen Bestimmung des § 1940 kein Zweifel bestehen, dass auch ein Erbe mit einer Auflage belastet werden kann. Das Wort „Erbe" ist ganz allgemein gebraucht und umfasst den Testamentserben, den Vertragserben (§ 1941), den Intestaterben, den Vorerben, Nacherben, Ersatzerben und, wenn zur Zeit des Erbfalles weder ein Verwandter noch Ehegatte des Erben vorhanden war, den Fiskus (§ 1936).

Ferner kann bei Auflagen von Todes wegen in Übereinstimmung mit dem römischen[1]) und preussischen Recht[2]) gemäss § 1940 als der mit einer Auflage möglicherweise zu Belastende der Vermächtnisnehmer in Betracht kommen.

Der § 2147 Satz 2, der gemäss § 2192 auch bei Auflagen bei Verfügungen von Todes wegen entsprechend Anwendung zu finden hat, sieht den bei letztwilligen Auflagen möglicherweise vorkommenden Fall vor, dass die Person des Belasteten nicht genau bestimmt ist. In solchen Fällen soll der Erbe die Belastung zu tragen haben.

Für Auflagen bei Schenkungen hat das Gesetz diesen Fall nicht vorgesehen, da bei diesen stets klar ist, dass nur der Beschenkte der Belastete sein kann.

b. Bei beiden Arten der Auflage kann es nun vorkommen, dass mehrere gleichzeitig belastet sind.

Bei letztwilligen Auflagen bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch, der neueren Rechtsentwicklung[3]) folgend, in dem, allerdings dispositiven § 2148, der nach § 2192 auf

[1]) D. 35, 1 fr. 17 § 4; 80. D. 40, 5 fr. 7 u. a.
[2]) §§ 61, 508 A.L.R. I, 12.
[3]) §§ 289—293 A.L.R. I, 12; Code civil, art. 1017.

Auflagen entsprechend Anwendung findet, dass „im Zweifel“ Beschwerung nach Verhältnis der Erbteile bezw. des Wertes der Vermächtnisse eintritt. Für den Fall, dass ein Erbe und ein Vermächtnisnehmer oder mehrere Erben und ein oder mehrere Vermächtnisnehmer zusammen beschwert sein sollten, werden dieselben Grundsätze massgebend sein.[1])

Die im gemeinen Recht lebhaft erörterte, von Dernburg[2]) meines Erachtens auf historische Verschiedenheiten mit Recht zurückgeführte Streitfrage, wie zu entscheiden sei, wenn einzelne der belasteten Erben mit Namen bezeichnet sind, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erörtert worden. Auch dieser Fall ist aber nach dem § 2148 zu beurteilen.

Durch § 2148 werden aber die Vorschriften der §§ 2058 ff. über die Haftung mehrerer Erben Dritten gegenüber nicht berührt. Die Haftung mehrerer Vermächtnisnehmer für eine Auflage Dritten gegenüber bestimmt sich dagegen nur nach §§ 2148, 2192.

Dies muss sich aber ändern, weniger was das Innenverhältnis, als was die Haftung Dritten gegenüber betrifft, wenn eine unteilbare Leistung den Gegenstand der Auflage bildet. Dann tritt, auch bei Belastung von Vermächtnisnehmern, Gesamthaftung der mehreren Belasteten ein[3]) und § 2148 ist dann nur auf das Innenverhältnis und die unter den Belasteten bestehende Ausgleichungspflicht anwendbar. Der Fall der Korrealität des gemeinen Rechtes, wenn mehrere Erben alternativ mit einem Vermächtnis beschwert sind,[4]) den auch das preussische Recht kannte,[5])

[1]) Motive, V Seite 137.

[2]) Pandekten, III § 103[8].

[3]) Gemäss dem hier analog anzuwendenden § 431. (Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 68 Anm. 7; Ritgen bei Planck, Kommentar Ziffer 2 zu § 2148.)

[4]) D. 30 fr. 8 § 1; D. 32 fr. 25 pr.; Windscheid, Pandekten, § 626 Anm. 12.

[5]) Dernburg, Preuss. Privatrecht, III § 136 Anm. 15.

ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erwähnt. Er wird nach § 421 zu entscheiden sein.[1])

Bei Auflagen bei Schenkungen sind die allgemeinen Regeln der §§ 420 ff. anzuwenden.

Bei teilbaren Leistungen sind demnach die §§ 427 ff. analog anzuwenden, weil die Auflage eine „nach Art eines Vertrages begründete Verpflichtung" enthält. Im Zweifel tritt infolgedessen Haftung als Gesamtschuldner ein. Es würde sich dies also nicht so sehr von der Haftung mehrerer Erben für eine Auflage unterscheiden, wohl aber wesentlich von der mehrerer Vermächtnisnehmer.

Bildet aber eine unteilbare Leistung den Gegenstand einer Auflage bei einer Schenkung, dann gilt ebenso wie bei letztwilligen Auflagen § 431: also tritt stets Haftung als Gesamtschuldner ein, unbeschadet natürlich des § 426, der für das Innenverhältnis anteilige Verpflichtung vorschreibt.

c. Es erübrigt noch, den Fall darzustellen, dass der zunächst Beschwerte wegfällt.

Das römische Recht unterschied bei Auflagen bei Verfügungen von Todes wegen, ob durch das Wegfallen des zunächst Beschwerten das ganze Testament hinfällig wurde oder nicht. Im ersten Falle fielen sämtliche Anordnungen im Testamente, also auch die Auflagen weg. Jedoch galt dies nicht in den zwei wichtigen Ausnahmen, dass der nächste gesetzliche Erbe, der im Testamente eingesetzt war, böswillig nicht auf Grund des Testamentes antrat (D. 29, 4 fr. 1 pr.), und bei dem Anfall der vakanten Erbschaft an den Fiskus (D. 30 fr. 96 § 1; D. 34, 1 fr. 2 § 1).

Der allgemeine Grundsatz, dass dann, wenn der Wegfall des zunächst Beschwerten nicht die Ungiltigkeit des ganzen Testamentes und damit auch der Auflage nach sich zieht, der unmittelbar Bevorteilte die Belastung übernimmt, ist weder im römischen noch im gemeinen Rechte allgemein anerkannt. Dies blieb erst dem neueren Recht

[1]) Ritgen in Plancks Kommentar, III zu § 2148.

vorbehalten. So kennt bereits das Allgemeine Landrecht (§ 279 I, 12) diesen Gedanken.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt allgemein für den Fall der Belastung eines Erben oder Vermächtnisnehmers durch § 2161 in Verbindung mit § 2192 für den Fall des Wegfalls des zunächst Beschwerten, dass die Auflage doch wirksam bleiben soll, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist.[1]) Beschwert soll in diesem Falle derjenige sein, „dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt", mithin je nach der Lage des Falles der Ersatzerbe, gesetzliche Erbe, der mit dem Vermächtnis seinerseits belastete Vermächtnisnehmer, ferner auch der, welcher durch Anwachsung den Erbteil bezw. den Vermächtnisteil erhält.[2])[3])

Für Auflagen unter Lebenden kommt der Fall des § 2161 nicht in Frage.

III. Es erübrigt noch, die letzte der drei Kategorien von Personen, die bei einer Auflage in Betracht kommen

[1]) § 2161 hat also dispositiven Charakter.

[2]) Ritgen in Plancks Kommentar zu § 2161.

[3]) Hierbei sind noch die §§ 1935, 2095, 2159 zu beachten. Diese Paragraphen bestimmen, dass bei Vereinigung mehrerer mit Auflagen belasteter Zuwendungen von Todes wegen oder einer oder mehrerer, in dieser Weise belasteten Zuwendungen mit einer oder mehreren unbelasteten Zuwendungen von Todes wegen durch Erhöhung (§ 1935) oder Anwachsung (§§ 2095, 2159) in der Hand eines Erben (§§ 1935, 2095) oder Vermächtnisnehmers (§ 2159) bezüglich der Auflage die verschiedenen Zuwendungen getrennt zu behandeln sind. Die Bedeutung dieser Bestimmung ergibt sich am klarsten bei Berücksichtigung dieser Paragraphen mit § 2187 Abs. 1. Wenn z. B. dem, der ein mit einer Auflage von 50 Mark belastetes Vermächtnis von 100 Mark erhält, ein anderes von dem nämlichen Erblasser angeordnetes Vermächtnis von 100 Mark, das aber mit einer Auflage von 110 Mark belastet ist, gemäss §§ 1935, 2095, 2158 zufällt, so braucht der Rest des ersten Vermächtnisses nicht zur Deckung der 10 Mark der zweiten Auflage verwendet zu werden. Denn für die Einrede aus § 2187 kommt nur die Höhe dessen, was er aus „dem" — betreffenden — Vermächtnis, nicht aber, was er aus „einem" Vermächtnis erhält, in Betracht.

können, den Kreis derjenigen Personen, denen eine Auflage zugute kommen kann (Begünstigten), einer näheren Untersuchung zu unterziehen.

a. Bei letztwilligen Verfügungen verfolgte im klassischen römischen Rechte der modus im wesentlichen religiöse oder gemeinnützige Zwecke. Ein bestimmter Begünstigter kommt hierbei also noch nicht in Betracht. Auflagen zugunsten Privater kommen erst in späterer Zeit auf, wenigstens datieren die betreffenden Stellen der Digesten erst aus der Kaiserzeit.[1]) Während anfangs der Unterschied solcher Modusanordnungen, soweit dieselben überhaupt als solche in Frage kamen, von den Fideikommissen aufrechterhalten wurde, wurden sie durch Severus und Gordian, wie Cod. 6, 45 c. 2 uns lehrt, den Grundsätzen über Fideikommisse unterstellt.[2]) Auf dieser Stufe zeigt sich die Entwicklung auch noch im gemeinen Recht.

Bei Schenkungen konnte im römischen Recht, so lange für diese die Form der stipulatio verlangt war, zugunsten eines Dritten ein modus nicht versprochen werden. Dagegen war in der Kaiserzeit der modus zugunsten eines Dritten bereits wohl bekannt, ja selbst durch den Dritten direkt erzwingbar.

b. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt über die Frage, wem eine Auflage zugute kommen kann, keine direkte Bestimmung.

a. Abgesehen von der[3]) Möglichkeit, dass überhaupt niemand begünstigt sein kann, was bei letztwilligen Auflagen das Regelmässige sein dürfte, die meistens einen gemeinnützigen Zweck verfolgen werden, kann bei beiden Arten der Auflage ohne Zweifel grundsätzlich jedem Dritten, der überhaupt als Rechtssubjekt anerkannt ist, eine Auflage zugute kommen. Ist eine letztwillige Auflage zugunsten einer Person angeordnet, die zur Zeit des Erb-

[1]) So z. B. D. 2, 15 fr. 8 § 5 von Ulpian.
[2]) Vgl. aber oben Seite 10 ff.
[3]) Bereits oben Seite 25 Anm. 3 besprochenen.

falls noch nicht geboren ist[1]) oder deren Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird, so kann man hier nicht, wie Feigel[2]) es tut, § 2178 heranziehen, weil dieser Paragraph in § 2192 nicht aufgenommen ist. Vielmehr wird hier die Auflage als auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet, unwirksam bleiben müssen.[3]) Ist die Auflage aber derart angeordnet, dass sie für den Fall, dass die Unmöglichkeit behoben wird, Geltung haben soll, oder ist sie sonst unter einer aufschiebenden Bedingung angeordnet, so finden die §§ 2192, 2171, 308 Anwendung. Dann gilt aber nicht die Zeitgrenze der §§ 2162, 2163, da diese Paragraphen in § 2192 nicht aufgenommen sind. Anordnungen der Art, dass ein Kapital zunächst zinsbar angelegt werden solle, bis es eine bestimmte Höhe erlangt habe, und dann erst die Verteilung einer bestimmten Summe an den Bedachten erfolgen solle, sind daher giltig, ohne Rücksicht darauf, wie lange Zeit es bedarf, ehe das Kapital jene bestimmte Höhe erreicht hat.[4])

Die Frage, ob der Beschwerte selbst gleichzeitig der Begünstigte sein kann, ist bereits oben[5]) besprochen worden.

b. In welcher Weise die durch die Auflage begünstigte Person bestimmt sein müsse, darüber sind für letztwillige Auflagen besondere Bestimmungen in § 2065, der gemäss § 2192 entsprechend Anwendung zu finden hat, getroffen.

---

[1]) Für bereits Erzeugte ist § 1923 Abs. 2 massgebend.

[2]) Die Auflage, Seite 19.

[3]) Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass dann eine nicht recht verständliche Abweichung zwischen Auflage und Vermächtnis bezüglich dieser Frage bestände. Indessen muss dieses Bedenken der Erwägung weichen, dass wir es im § 2192 mit einer abschliessenden Auswahl von Paragraphen zu tun haben und nicht berechtigt sein können, uns über diese klare Gesetzesbestimmung hinwegzusetzen, um des Bestrebens willen, alles gleich zu behandeln. Die Vorschrift des § 1923 dagegen ist ohne weiteres auch bei der Auflage entsprechend anzuwenden.

[4]) Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73 Anm. 23.

[5]) Vgl. Seite 29 ff.

Demgemäss kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Auflage erhalten soll, nicht einem anderen überlassen, muss diese also mit genügender Bestimmtheit bezeichnen.

Eine Ausnahme von diesem allgemeinen Prinzip macht aber der § 2193. Danach kann der Erblasser „die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschenkten oder einem Dritten überlassen". Da in diesem Falle „der Zweck der Leistung bestimmt sein muss", so bedeutet die Bestimmung des § 2193 keine allzu grosse Abweichung von dem Grundsatze des § 2065. Denn durch die Bestimmung des Zweckes ist mehr oder minder deutlich auch die Person des Begünstigten oder doch wenigstens ihr Kreis bestimmt.[1][2] Dieser Paragraph wird namentlich die Fälle treffen, in denen z. B. einer Stadtgemeinde ein Vermächtnis zugewendet ist mit der Auflage, die Zinsen des Vermächtnisses an „würdige Arme der Stadt" zu verteilen. Hier ist der Zweck der Auflage genügend bestimmt, damit eine dem Willen des Erblassers entsprechende Auswahl stattfinden kann.

Das Wörtchen „kann" des § 2193 zeigt uns, dass die Behauptung Lehmanns,[3] als Auflagen seien „nur" die Bestimmungen anzusehen, bei denen der Begünstigte nicht bezeichnet ist, dem Gesetze nicht entspricht, da diese Meinung eine vom Gesetze als Ausnahme angeordnete Bestimmung zur Regel erheben will.

Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann, wenn eine der nach § 2194 klagberechtigten Personen gegen den Beschwerten ein rechtskräftiges Urteil[4] erstritten hat, der Kläger dem Beschwerten eine — nach § 255

[1] Feigel, Die Auflage, Seite 20.

[2] Ungenau ist deshalb die Verweisung des § 2192 auf § 2065 nicht, wie Endemann (Bürg. Gesetzbuch, III § 73 Anm. 15) meint; denn § 2193 gibt nur eine Ausnahme des in § 2065 enthaltenen allgemeinen Prinzips.

[3] In Enneccerus-Lehmann, Bürg. Recht, II § 321.

[4] Der Klageanspruch geht auf Vollziehung der Auflage ohne Bestimmung eines bestimmten Empfängers.

Absatz 2 der Civilprozessordnung im Urteil auf Antrag des Klägers festzusetzende — angemessene Frist zur Bestimmung setzen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist geht dann das Bestimmungsrecht auf den Kläger über (§ 2193 Absatz 2). Die Bestimmung erfolgt alsdann, analog dem Falle der Bestimmung durch einen Dritten (§ 2193 Abs. 3), durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.[1])

Steht das Bestimmungsrecht einem Dritten zu, so erfolgt die Bestimmung durch, nach allgemeinen Grundsätzen unwiderrufliche, Erklärung gegenüber dem Beschwerten[2]) (§ 2193 Abs. 3 Satz 1). Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. Vorherige Klage ist hier, anders als in Absatz 2 des § 2193 nicht erforderlich, da hier die Person, auf die das Recht übergehen könnte, von vornherein bestimmt ist, während es dazu im Falle des Absatz 2 erst einer Entscheidung bedarf. Ferner kann gemäss der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 2151 Absatz 3 Satz 2 vom Nachlassgericht auf Antrag eines Beteiligten dem bestimmungsberechtigten Dritten eine Frist zur Abgabe der Erklärung gesetzt werden. Beteiligte sind gemäss § 2193 Absatz 3 Satz 3 a. E. der Beschwerte und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist geht dann ebenfalls das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über, auch wenn eine von den zur Vollziehung der Auflage berechtigten Personen den Antrag auf Fristsetzung gestellt hat.[3]) Will der bestimmungsberechtigte Beschwerte nun seinerseits dieses Recht nicht ausüben, so gilt wieder Absatz 2 des § 2193.

---

[1]) Die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Vollziehung der Auflage.

[2]) Ritgen, in Plancks Kommentar, Anm. 3 zu § 2193.

[3]) Es geht dies daraus hervor, dass § 2151 Absatz 3 Satz 2 sagt: „Das Gleiche gilt", d. h.: das Gleiche, wie in § 2193 Absatz 3 Satz 2, nicht wie in § 2151 Absatz 3 Satz 1.

Zu beachten ist, dass die Bestimmung des Begünstigten dem freien Belieben des Bestimmungsberechtigten anheimgestellt ist, eine richterliche Nachprüfung also nicht stattfindet. Nur darin findet dieses Recht seine Grenze, als die Bestimmung nicht geradezu dem ausgesprochenen Zwecke der Auflage zuwiderlaufen darf.[1])

Ob bei Auflagen bei Schenkungen ebenfalls die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, wie nach § 2193 vor sich gehen kann, ist fraglich, da das Gesetz hierüber nichts bestimmt. Die §§ 317—319 sind hier nicht anwendbar, denn sie sprechen von Bestimmung der „Leistung". Dies analog auf die Bestimmung der „Person" anwenden zu wollen, erscheint mir bedenklich. Dagegen würde ich eine analoge Anwendung des § 2193 für Auflagen bei Schenkungen nicht als ungerechtfertigt oder dem Sinne des Gesetzes zuwiderlaufend ansehen. Denn weshalb soll das praktische Bedürfnis, das doch zur Aufnahme des § 2193 führte, nur dann vorliegen, wenn die Zuwendung eine letztwillige ist? Man könnte dagegen allerdings einwenden: Gerade dass dieser Fall nur bei letztwilligen Auflagen ausdrücklich geregelt sei, charakterisiere ihn als eine analog nicht auszudehnende Ausnahme. Aber § 2193 ist doch nur mit Rücksicht auf § 2065 aufgenommen, stellt also nicht so sehr eine Ausnahme von allgemeinen, auch für Auflagen unter Lebenden geltenden, Grundsätzen dar — die allerdings nicht analog anzuwenden wäre — als vielmehr eine Ausnahme von einer nur für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschrift.

§ 5.

Der Gegenstand der Auflage.

I. Was Gegenstand der Auflage sein könne, ist bei Schenkungen nicht ausdrücklich gesagt. Im Gegenteil drückt sich § 525 sehr unbestimmt aus, wenn er nur von

[1]) Ritgen, in Plancks Kommentar, Anm. 1 zu § 2193; Herzfelder, in Staudingers Kommentar, zu § 2193.

„Vollziehung“ der Auflage spricht. Jedoch wird hier bei der Anwendbarkeit des § 241 kein Zweifel daran bestehen können, dass der Gegenstand der Auflage in einem Handeln, sowie in einem Unterlassen, also in einer „Leistung“ bestehen kann. Allerdings ist in den sonstigen über Auflagen unter Lebenden speziell getroffenen Bestimmungen besonders der Fall berücksichtigt, dass der Gegenstand der Auflage in einem Handeln besteht. Indessen kann dies meines Erachtens das soeben Gesagte nicht beeinträchtigen. Denn jene Bestimmungen erheben keineswegs den Anspruch darauf, eine erschöpfende Regelung aller nur möglichen Fälle zu geben.

Für letztwillige Auflagen benennt dagegen § 1940 ausdrücklich als Gegenstand der Auflage eine „Leistung“. Dass darunter Handlungen und Unterlassungen zu begreifen sind, bedarf nur der Erwähnung. Auch die Vorschrift eines bestimmten künftigen Verhaltens des Begünstigten[1]) kann in die Form einer Auflage gefasst werden.

Schon das römische Recht kannte diese beiden Seiten der Verpflichtung. Wir haben eine grosse Auswahl von Stellen über Auflagen auf ein Handeln des Verpflichteten, so bei letztwilligen Auflagen: Errichtung eines Denkmals (D. 35, 1 fr. 80), eines Götterbildes (D. 34, 2 fr. 38 § 2), Veranstaltung eines epulum municipibus (D. 35, 1 fr. 17 § 4), Ankauf eines Sklaven und dessen nachherige Freilassung (D. 40, 5 fr. 7), Veranstaltungen von Kampfspielen (D. 33, 1 fr. 21 § 3), Festlichkeiten (D. 33, 2 fr. 16), Unterhaltung einer ewigen Lampe am Grabe (D. 40, 4 fr. 44). Bei Auflagen unter Lebenden finden wir als Beispiele für Handlungen als Gegenstand der Auflage: Leistung von Alimenten (Cod. 8, 54 c. 1; Cod. 4, 64 c. 8) und Herausgabe des Geschenkes an einen Dritten (Cod. 8, 54 c. 3). Beispiele von Auflagen auf ein Unterlassen sind seltener, so z. B. in Cod. 4, 6 c. 3.

[1]) Z. B. Ausschlagung einer künftig zufallenden Erbschaft, so schon Entscheid. des Reichsger., Bd. 35 Seite 147.

Dass die Leistung stets eine Verwendung des Empfangenen zu einem bestimmten Zwecke darstellen muss, ist nicht erforderlich. Man könnte allerdings leicht auf diesen Gedanken kommen, angesichts des öfter wiederkehrenden „ex eo aliquid facere" der Quellen (D. 35, 1 fr. 17 § 4) und des im Codex häufig wiederkehrenden Ausdruckes lex rei dicta. D. 32 fr. 19 sagt dagegen ganz allgemein „uti quid facias". Ebenso wenig kann man nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Verwendung des Empfangenen als charakteristisches Merkmal des modus verlangen, da die §§ 241, 1940 ebenfalls ganz unbestimmt sagen: man kann sich zu „einer Leistung" verpflichten.

II. Dass eine Person, sei es der Schenker, der Erblasser oder ein Dritter ein Interesse an der Erfüllung des modus haben muss, sei nur erwähnt. Die Frage, ob ein ideales Interesse genüge oder ein Vermögensinteresse verlangt werde, ist im Sinne der ersteren Alternative zu entscheiden.

Für letztwillige Auflagen hat schon das klassische römische Recht das Erfordernis eines Vermögensinteresses nicht anerkannt, da hier der modus hauptsächlich auf Erreichung eines religiösen oder idealen Zweckes gerichtet war. Dies kann man auch aus der Tatsache entnehmen, dass, wie wir weiter unten[1]) sehen werden, das römische Recht die verschiedensten Umwege machte, um derartigen Anordnungen die Vorteile der Klagbarkeit zu sichern, da man mit den bestehenden, im wesentlichen ein Vermögensinteresse voraussetzenden Klageformeln nichts ausrichtete.

Das justinianische Recht verlangt nicht nur nicht das Vorhandensein eines Vermögensinteresses, sondern lässt allgemein jedwedes ideale Interesse, auch das des Erblassers genügen, um die betreffende Modusanordnung als schutzwürdig zu behandeln, so dass nunmehr der Gedanke einer blossen Fidespflicht schon im Verblassen begriffen

[1]) Vgl. § 6 I.

war. Es folgt dies aus dem Schluss der Stelle D. 33, 1 fr. 7,[1]) der ohne Zweifel späteren Ursprunges ist als die anderen Teile und mit ziemlicher Sicherheit den Kompilatoren zugeschrieben werden kann.

Bei Auflagen bei Schenkungen könnte die Anwendung des eben besprochenen Grundsatzes im Hinblick auf D. 40, 7 fr. 9 § 2 Zweifeln unterliegen. Hierbei muss man aber berücksichtigen, dass der modus ursprünglich, so lange die stipulatio überhaupt ihren strengen Charakter bewahrte, noch gar nicht als besonderes Rechtsinstitut entwickelt war. Ferner war doch auch eine stipulatio wie: si lumina in monumento matris meae non accenderis, centum quae tibi dedi, dare mihi spondes? klagbar. Der Inhalt der Auflage, si lumina non accenderis, ist aber kein in Geld abschätzbarer. Nachdem aber erst einmal der strenge Grundsatz der D. 40, 7 fr. 9 § 2 durchbrochen, und nicht nur ein geldwertes Interesse des rechtlichen Schutzes für würdig befunden war, standen keine Bedenken mehr entgegen, auch bei der donatio sub modo das Vorhandensein eines geldwerten Interesses an dem modus für überflüssig zu erklären.

Was das Bürgerliche Gesetzbuch anlangt, so folgt dieses für Auflagen bei Schenkungen, entsprechend den Vorschriften über Schuldverhältnisse überhaupt, dem bereits im römischen Recht vorgezeichneten Wege und sieht von der Notwendigkeit eines Vermögensinteresses ab. Das Bedenken, dass nicht geldwerte Leistungen (z. B. nicht mehr zu rauchen) einerseits durch Erfüllungsklage nicht erzwungen werden können, andrerseits eine Rückforderungsklage bei dem hier vorliegenden Mangel einer „Verwendung des Geschenkes“ auf die Auflage erfolglos verlaufen würde,[2])[3]) kann jenen obigen Grundsatz nicht beeinträchtigen, da dies ja nicht die einzigen Leistungen sind, die

[1]) Sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

[2]) Lehmann in Enneccerus-Lehmann, Bürg. Recht, II Seite 810.

[3]) Darüber vgl. § 7 II, a.

den Gegenstand einer Auflage bilden können, und der Schenker selbst in solchen Fällen nicht völlig eines Rechtsmittels bei Nichterfüllung der Auflage entbehrt.[1])

Natürlich muss immerhin eine solche Leistung Gegenstand der Auflage sein, die „einer Sphäre des Lebens angehört, die geschäftsmässig ist oder es sein soll".[2]) Leistungen, die Religion, Liebe, Anstand betreffen, können demnach nicht Gegenstand einer Auflage sein.[3])

Noch weiter geht das Bürgerliche Gesetzbuch bei letztwilligen Auflagen. Gerade der Mangel einer Forderung bei diesen lässt für sie das Erfordernis eines „anerkannten civilrechtlichen Interesses" wegfallen.[4]) Ein Vermögensinteresse ist bei ihnen also erst recht nicht erforderlich. Vielfach wird da, wo scheinbar jedes Interesse eines Dritten fehlt, die Erfüllung doch wenigstens im Interesse des Erblassers liegen. Man kann also doch auch nicht sagen, dass bei letztwilligen Auflagen jedes Interesse vollkommen fehlen könne.

Dass die Auflage auch im öffentlichen Interesse angeordnet sein kann, heben die §§ 525 Absatz 2 und 2194 noch besonders hervor.

Hieran schliesst sich die Frage, ob bei einer Auflage bei Verfügungen von Todes wegen ein „verständiges" Interesse des Anordnenden an der Erfüllung der Auflage vorliegen muss. Mit Absicht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch wegen des Mangels eines der Beurteilung dieser Frage zugrunde zu legenden Massstabes von einer ausdrücklichen Regelung dieser Frage abgesehen, um eine, festen Grundsätzen nicht unterworfene, richterliche Oberkontrolle

[1]) Vgl. § 7 II, b.

[2]) Kohler, im Archiv für bürg. Recht, Bd. 12 Seite 18 ff.

[3]) Die Auflage, eine bestimmte Religion nicht zu ändern, ist aber deshalb nicht schon von vornherein nichtig. Grundsätzlich bleibt auch sie vollwirksam. Nur dürfte bei Beurteilung solcher Anordnungen der § 138 zu beachten und zu prüfen sein, ob in der Auflage nicht eine gegen die guten Sitten verstossende Beeinträchtigung der Denkfreiheit enthalten ist.

[4]) Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73.

über die angebliche Zweckmässigkeit der Auflage zu vermeiden.[1]) Auch ohne eine ausdrückliche, hierauf bezügliche Bestimmung des Gesetzes wird man, wenn wirklich eine widersinnige oder unverständliche Auflageanordnung vorliegen sollte, diese bei Schenkungen, wie bei letztwilligen Verfügungen in gleicher Weise nach §§ 138 und 2171 in Verbindung mit § 2192 als nichtig ansehen müssen.[2])

III. Damit aus der Auflage eine giltige Verpflichtung entstehe, muss die Leistung bestimmt, ferner möglich sein und darf nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstossen.

a. Dass die den Gegenstand der Auflage bildende Leistung eine bestimmte sein müsse, ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch im Anschluss an die schon in den bisherigen Gesetzen geltenden Grundsätze für Auflagen bei Schenkungen zwar nicht direkt normiert, aber doch aus dem ganzen Zusammenhang zu entnehmen. Demnach ist es unzulässig, die Bestimmung des Inhaltes der Auflage gänzlich in das freie Belieben des Beschwerten zu stellen, wie schon § 71 A.L.R. I, 5 ausdrücklich sagt.

Für letztwillige Auflagen ist übereinstimmend mit den bisherigen Rechten durch analoge Anwendung des § 2065 Absatz 2 gemäss § 2192 das nämliche Prinzip zur Geltung gebracht.

Mit diesen Grundsätzen stehen vollkommen diejenigen Fälle im Einklang, in denen zwar zunächst eine direkte Bestimmung des Gegenstandes nicht vorliegt, dieser aber doch wenigstens bestimmbar ist.

Es sind dies folgende Fälle:

α. alternative Leistung mehrerer Gegenstände,

---

[1]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung, Seite 7022.

[2]) Diesen Fall entscheidet übrigens schon das römische Recht in gleicher Weise in D. 30 fr. 113 fr. 5: Ineptas voluntates defunctorum non valere.

β. Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache,

γ. Bestimmung der Leistung durch billiges Ermessen eines der Beteiligten oder eines Dritten.

α. Bei alternativer Leistung mehrerer Gegenstände gelten für Auflagen bei Schenkungen die §§ 262 ff., bei Verfügungen von Todes wegen die §§ 2192, 2154, neben den aber die §§ 262 ff. „im allgemeinen anwendbar sind".[1]) Es kann demnach eine Auflage unter Lebenden und von Todes wegen in der Weise angeordnet werden, „dass der Begünstigte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen" erhalten soll. Zu beachten ist hierbei, dass die für Vermächtnisse geltenden §§ 2152, 2153 auf Auflagen nicht anwendbar sind, sodass insoweit also kein Unterschied zwischen diesen und den Auflagen unter Lebenden besteht.

Gemäss § 262 ist, übereinstimmend mit dem gemeinen Recht (D. 18, 1 fr. 25 pr.; D. 45, 1 fr. 138 § 1), dem preussischen Recht (§ 274 A.L.R. I, 5) und dem code civil (art. 1190) im Zweifel der Belastete wahlberechtigt. § 2154 bestimmt hierüber nichts; es wird aber das soeben Gesagte auch für letztwillige Auflagen zu gelten haben. Infolge des dispositiven Charakters des § 262 kann auch der Gläubiger wahlberechtigt sein. In erster Linie kann dies der Schenker selbst, aber auch der nach § 330 klagberechtigte Dritte sein. Ob auch jeder andere wahlberechtigt sein kann, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Jedoch werden hier die §§ 317—319 Anwendung zu finden haben, zufolge deren die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat und bei Nichtausübung der Wahl durch den Dritten Bestimmung durch Urteil oder, wenn die Bestimmung nach freiem Belieben erfolgen soll, Unwirksamkeit der Auflage eintritt.

Bei Auflagen bei Verfügungen von Todes wegen gibt der § 2154 eine direkte Bestimmung nur über das Wahl-

[1]) Henle, in Fischer-Henles Kommentar, zu § 2154.

recht des Dritten. Dass auch die nach § 2194 klagberechtigten Personen oder der Begünstigte selbst wahlberechtigt sein können, unterliegt keinem Zweifel. Es werden dann die Vorschriften des § 262 entsprechend anzuwenden sein.

Die Erklärung der Wahl erfolgt, wenn der Beschwerte wahlberechtigt ist, bei Auflagen bei Schenkungen „gegenüber dem anderen Teile“ (§ 263 Absatz 1). Dies kann nicht nur der Schenker, sondern auch der nach § 330 klagberechtigte Dritte sein. Dass in letzterem Falle die Erklärung der Wahl gegenüber dem Schenker rechtlich ohne Belang wäre, glaube ich für den Fall, dass der Schenker selbst gemäss § 335 sein Recht behalten hätte, nicht annehmen zu dürfen. Jedenfalls ginge es zu weit, wollte man in diesem Falle verlangen, dass die Erklärung der Wahl beiden gegenüber erfolgen müsse. Denn der Schenker, sowie der Begünstigte kann die ganze Leistung verlangen. — Ist der Begünstigte wahlberechtigt, so erfolgt die Wahl gegenüber dem Beschwerten (§ 263 Absatz 1). — Ist ein Dritter wahlberechtigt, so erfolgt die Erklärung der Wahl gegenüber „einem der Vertragschliessenden“, d. h. also hier sowohl dem Beschenkten, als auch dem Schenker, oder dem nach § 330 klagberechtigten Dritten gegenüber.

Für letztwillige Auflagen ist im § 2154 nur der Fall geregelt, dass ein Dritter wahlberechtigt ist und zwar anders als bei Schenkungen, weil hier die Wahl nur dem Beschwerten gegenüber zu erfolgen hat. Dasselbe gilt auch, wenn einer der nach § 2194 klagberechtigten Personen das Wahlrecht hat (§ 263 Absatz 1), entsprechend dem Falle, dass bei Auflagen unter Lebenden der Schenker das Wahlrecht hat. — Ist bei letztwilligen Auflagen der Beschwerte wahlberechtigt, so wird mangels einer ausdrücklichen Vorschrift der § 263 analog anzuwenden sein, wobei aber unter „dem anderen Teile, dem gegenüber die Wahl erfolgen soll, wohl nur eine der klagberechtigten Personen, nicht aber der Begünstigte verstanden sein können.[1])

[1]) Für diese Meinung kann man sich darauf berufen, dass der Begünstigte bei letztwilligen Auflagen im Sinne des Bürgerlichen

Nimmt der wahlberechtigte Belastete die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung, wenngleich nicht rechtzeitig vor,[1]) so verliert er bei beiden Arten der Auflagen noch nicht sein Wahlrecht. Der Klagberechtigte muss vielmehr alternativ klagen und eventuell durch Zwangsvollstreckung Konzentration herbeiführen (§ 264 Absatz 1).

Bei Verzug des wahlberechtigten Gläubigers mit der Wahl[2]) bei Auflagen unter Lebenden, das heisst also des Schenkers oder des nach § 330 klagberechtigten Dritten, geht dessen Wahlrecht erst nach Ablauf einer ihm von dem Beschwerten gesetzten Nachfrist über (§ 264 Absatz 2). Die bezüglich des Begünstigten gemachte Einschränkung, dass er nach § 330 klagberechtigt sein müsse, zeigt, dass unseres Erachtens die Frage nach den Folgen des Verzuges des wahlberechtigten Begünstigten bei letztwilligen Auflagen nicht nach § 264[2] — der an sich ja zulässig wäre —, sondern ebenso zu entscheiden ist, wie bei Verzug sonst eines unbeteiligten, wahlberechtigten Dritten.[3]) Wenn dagegen der Wahlberechtigte eine der nach § 2194 klagberechtigten Personen sein sollte, so stünden meines Erachtens der analogen Anwendung des § 264 Absatz 2 keine Bedenken entgegen.

Bei Verzug des wahlberechtigten Dritten bei Auflagen unter Lebenden, worunter auch der nicht klagberechtigte dritte Begünstigte zu rechnen ist, ist der § 319 anzuwenden. Es tritt demnach entweder Bestimmung durch Urteil oder

Gesetzbuches dem Belasteten weit ferner und in geringerem Konnex mit diesem steht, wie „der andere Teil" im Sinne des § 263, die Stellung dieses zu dem Schuldner vielmehr weit eher der Stellung der klagberechtigten Personen zu dem Beschwerten ähnelt.

[1]) Das Gesetz spricht hier nicht von „Verzug" des Wahlberechtigten.

[2]) Verzug des wahlberechtigten Teiles wird herbeigeführt durch die an diesen gerichtete Aufforderung des Beschwerten, die Wahl vorzunehmen (§ 295 Satz 2).

[3]) Darüber vgl. unten Seite 67 ff.

Unwirksamkeit der Auflage ein. Eine Fristbestimmung findet hier nicht statt.

Für letztwillige Auflagen sind hierfür in dem § 2154 Absatz 2 besondere Bestimmungen enthalten, die indessen nicht direkt von dem Falle des Verzuges sprechen. Der Paragraph unterscheidet zwei verschiedene Fälle.

Entweder „kann" der Dritte die Bestimmung nicht treffen. Das Gesetz versteht darunter augenscheinlich das tatsächliche Nichtimstandesein, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden, also nicht den ein Verschulden voraussetzenden Fall des Verzuges. In diesem Falle soll das Wahlrecht ohne weiteres — darauf ist hier das Hauptgewicht zu legen — auf den Beschwerten übergehen.

Der zweite Fall, den der § 2154 mit dem Hinweis auf die entsprechende Anwendung des § 2151 Absatz 3 Satz 2 anführt,[1]) trifft dagegen den Fall des Verzuges. Nach diesen Paragraphen hat nämlich der Beschwerte und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind,[2]) die Möglichkeit, bei dem Nachlassgericht den Antrag auf Setzung einer angemessenen Frist zur Abgabe der Erklärung durch den Wahlberechtigten[3]) zu stellen mit der Wirkung, dass bei Nichterklärung innerhalb der Frist das Wahlrecht auf den Beschwerten übergeht.[4])

Der Hauptunterschied der Regelung dieses Falles von dem entsprechenden bei Schenkungen unter einer Auflage beruht darin, dass der § 2154 die Setzung einer Frist zur

---

[1]) Anders anscheinend Henle in Fischer-Henles Kommentar, Anm. 1, 2 zu § 2154, aber mit Unrecht; denn der Ausdruck: „Das Gleiche gilt" setzt doch stets einen neuen Fall voraus. Übrigens stimmt Henle in Anm. 3 zu § 2151 mit uns wieder überein.

[2]) Dies folgt aus dem zweiten Teile des Satzes 3 in § 2193 Absatz 3.

[3]) Die Frist kann natürlich nur dem dritten Wahlberechtigten gestellt werden, da der Absatz 2 des § 2154 nur den Fall, dass ein Dritter wahlberechtigt ist, im Auge hat und § 2151 nur „entsprechend" Anwendung finden soll.

[4]) Es gilt das Gleiche, wie in Satz 2 des Absatz 3 von § 2193.

Abgabe der Erklärung ausdrücklich erwähnt, während § 319 davon nicht spricht.

Sind mehrere wahlberechtigt, so erfolgt bei beiden Arten der Auflage die Wahl grundsätzlich durch übereinstimmende Erklärung, was allerdings nur in § 317 Absatz 2 direkt gesagt ist, aber auch für den Fall gilt, dass der Belastete oder der Schenker selbst wahlberechtigt ist. Eine Ausnahme ist nur für den Fall der Uneinigkeit mehrerer dritter Wahlberechtigter über die Bestimmung einer Summe gemacht und für diesen Fall festgesetzt, dass der Durchschnitt der von den Einzelnen benannten Summen gelten soll (§ 317 Absatz 2). Im übrigen gelten für das Verhältnis mehrerer wahlberechtigter Personen unter einander die Vorschriften über die Gemeinschaft oder Erbesgemeinschaft.[1])

Kommen also mehrere Beschwerte nicht zur Einigung bei der Wahl, so kann § 264 Absatz 1, 2 dem Begünstigten helfen, sofern es sich um Auflagen bei Schenkungen handelt und er selbst klagberechtigt ist. Bei Auflagen von Todes wegen kommt hierbei der Begünstigte allerdings nicht in Frage; es kann aber dann eine der klagberechtigten Personen alternativ klagen; ebenso bleibt dies dem Schenker überlassen, wenn bei Auflagen unter Lebenden der dritte Begünstigte nicht klagberechtigt ist.

Bei Uneinigkeit mehrerer wahlberechtigter Begünstigter, die klagberechtigt sind, kann der Beschwerte zunächst überhaupt die Leistung verweigern; er kann aber die Wahlberechtigten durch Aufforderung zur Vornahme der Wahl gemäss § 295 Satz 2 in Verzug setzen, und dann durch Setzung einer angemessenen Frist gemäss § 264 Absatz 2 sie vor die Wahl stellen, sich zu einigen, oder Übergang des Wahlrechtes auf ihn zu dulden.

Der Fall der Uneinigkeit mehrerer wahlberechtigter Dritter, worunter bei letztwilligen Auflagen stets der Begünstigte zu rechnen ist, ist nach § 319 Absatz 1 Satz 2

[1]) Ritgen, in Plancks Kommentar, Anm. 3 zu § 2151.

und Absatz 2, bezw. nach § 2154 in Verbindung mit § 2151 Absatz 3 Satz 2 zu entscheiden.

Über die Reihenfolge der Wahl, wenn mehrere Personen unter demselben Gegenstand zu wählen haben und sich nicht einigen können, etwas zu bestimmen, wie § 394 A.L.R. I, 12, ist unterlassen. Die Grundsätze über Prävention werden hier den richtigen Weg zeigen.

Bezüglich der Folgen der erklärten Wahl ist für beide Arten der Auflage § 263 massgebend, demzufolge die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt. Es ist dies von Bedeutung für die Bestimmung des Zeitpunktes des Eintrittes einer zu vertretenden Unmöglichkeit.

Bei Regelung der Frage der Unmöglichkeit einer der alternativ geschuldeten Leistungen und deren Folgen schliesst sich das Bürgerliche Gesetzbuch für beide Arten der Auflagen in § 265 nicht dem Allgemeinen Landrecht (§ 33, 37 I, 11) sondern dem gemeinen Recht (D. 18, 1 fr. 34 § 6) an und lässt bei anfänglicher Unmöglichkeit und nachträglicher zufälliger oder vom nicht wahlberechtigten Teil verschuldeter Unmöglichkeit Konzentration der Verpflichtung auf die noch möglichen Leistungen eintreten.

β. Bei Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kommt für Auflagen bei Schenkungen § 243, für letztwillige Auflagen § 2155 in Verbindung mit § 2192 in Betracht.

In Übereinstimmung mit den bisherigen Rechten hat grundsätzlich der Beschwerte die Wahl. Der Fall, dass bei Auflagen unter Lebenden der Schenker das Wahlrecht ausüben soll, ist im Gesetzbuch nicht geregelt. Man wird diesen Fall nach § 315 zu behandeln haben. Ist die Bestimmung einem „Dritten", unter welchem Worte hier auch der nicht klagberechtigte Begünstigte[1]) zu verstehen

[1]) Sollte der nach § 330 klagberechtigte Dritte bestimmungsberechtigt sein, so ist § 315 anzuwenden. Demnach müsste die Bestimmung nach billigem Ermessen und durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, d. h. also dem Belasteten erfolgen, nicht

ist, überlassen, so finden bei Schenkungen die §§ 317—319 Anwendung.

Dagegen besteht für letztwillige Auflagen eine abweichende Vorschrift. Hat hier der Begünstigte oder sonst ein Dritter das Bestimmungsrecht, so gelten nach § 2155 Absatz 2 die Normen des § 2154 d. h. die oben besprochenen Vorschriften über das Wahlrecht eines Dritten bei alternativer Leistungspflicht.

Bei Auflagen unter Lebenden ist eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten, bei letztwilligen Auflagen dagegen nicht nur eine solche, sondern gemäss §§ 2155 Absatz 1. 2192 eine auch den Verhältnissen des Begünstigten entsprechende.[1][2])

Für letztwillige Auflagen allein ist in § 2155 Absatz 3 der Fall ausdrücklich geregelt, dass die von einem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Begünstigten offenbar nicht entspricht. Alsdann soll der Beschwerte so leisten, als ob der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte. Das Bestimmungsrecht geht also auf den Beschwerten über.[3][4]) Dies tritt aber, wie das „offenbar" des Paragraphen uns zeigt, nur bei wirklichem Missbrauch des Bestimmungsrechtes ein. Bei Auflagen unter Lebenden gilt in dem nämlichen Falle § 319.

Den Fall des Verzuges mit der Bestimmung regelt für Auflagen unter Lebenden für den Fall, dass ein Dritter

dagegen gegenüber dem Schenker, da dieser nicht der „andere Teil" im Sinne des § 315 ist, der damit nur die rechtlich gegenüberstehende Partei meint, während der Schenker dem klagberechtigten Begünstigten gleichsteht, wie aus § 335 hervorgeht.

[1]) Nicht aufgenommen ist dagegen die gleichzeitige Berücksichtigung der „Bedürfnisse" des Begünstigten, wie es § 404 A.L.R. I, 12 in diesem Falle tut.

[2]) Zu beachten ist, dass die §§ 2182, 2183 bei Auflagen nicht Anwendung finden.

[3]) Henle, in Fischer-Henles Kommentar, Anm. 4 zu § 2155.

[4]) Die Bestimmung des Beschwerten unterliegt dann ihrerseits dem § 315 Absatz 3, nicht dem § 319, wie Henle (l. c.) angibt.

bestimmungsberechtigt ist, § 319 Absatz 1 Satz 2, für den Fall, dass der Belastete selbst bestimmungsberechtigt ist § 315 Absatz 3 Satz 2.

Bei letztwilligen Auflagen tritt in diesem Falle, wenn ein Dritter das Bestimmungsrecht hat, Übergang des Bestimmungsrechtes auf den Beschwerten ein (§ 2155 Absatz 2 in Verbindung mit § 2154 Absatz 2). Sollte der Beschwerte selbst bestimmungsberechtigt sein, so wird analog dem § 264 Absatz 1 der nach § 2194 Klagberechtigte nur die Möglichkeit haben, auf Lieferung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache zu klagen und nach §§ 883, 897 C.P.O. Konzentration herbeizuführen. Es tritt hier also nicht Bestimmung durch Urteil, sondern durch Zwangsvollstreckung ein.

Wann die Bestimmung der Sache erfolgt ist, ist für beide Arten der Auflage im Sinne der Erfüllungs- oder Lieferungstheorie entschieden (§ 243 Absatz 2).

γ. Ist die Bestimmung der Leistung dem Ermessen eines Beteiligten oder eines Dritten überlassen, so kann das freie oder auch das billige Ermessen des Bestimmungsberechtigten entscheidend sein. Beides ist für Auflagen bei Schenkungen durch die §§ 315—319 — ausgenommen den § 316, da bei Auflagen von Gegenleistungen keine Rede sein kann — vorgesehen. Für letztwillige Auflagen ist dagegen nur der Fall der Bestimmung der Leistung durch das „billige“ Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten in § 2192 in Verbindung mit § 2156 geregelt. Für den Fall, dass die Bestimmung dem freien Belieben eines Dritten überlassen sein sollte, würde § 2065 Absatz 2 Platz greifen müssen, die Bestimmung also unwirksam sein; denn dies hiesse in der Tat: die Bestimmung des Gegenstandes der Auflage einem anderen überlassen. Der § 319 Absatz 2 kann demnach trotz der Aufzählung dieses Paragraphen in § 2156 für Auflagen von Todes wegen, nicht in Betracht kommen, da die §§ 315—319 nur „entsprechend“ Anwendung zu finden haben.

Bei letztwilligen Auflagen ist noch die erschwerende Voraussetzung zu merken, dass der Zweck der Auflage bestimmt sein muss (§ 2156), damit die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen werden kann.

Als die möglichen Bestimmungsberechtigten werden in § 2156 der Beschwerte oder ein Dritter genannt.

§ 315 greift für letztwillige Auflagen demnach zunächst nur für den Fall Platz, dass der Belastete das Bestimmungsrecht hat. Zweifelhaft dagegen ist, ob man § 315 auch anwendet, wenn eine der nach § 2194 klagberechtigten Personen bestimmungsberechtigt ist. Indessen wird man trotz des einschränkenden Ausdruckes des § 2156: „dem Beschwerten oder einem Dritten", die entsprechende Anwendung dieses Paragraphen auf diesen Fall nicht für falsch erklären können, wenn man bedenkt, dass diese Personen zu dem Beschwerten doch in einem engeren Verhältnisse stehen, als ein „Dritter" im Sinne des § 319.

Der nämliche Gedanke leitet uns bei Anwendung des § 315 auf das Bestimmungsrecht des bei einer Auflage unter Lebenden nach § 330 klagberechtigten Begünstigten. Auf das Bestimmungsrecht des nicht klagberechtigten Begünstigten bei Schenkungen und auf das des Begünstigten bei letztwilligen Auflagen findet der § 319 entsprechende Anwendung.

Die Erklärung der Wahl erfolgt bei Auflagen unter Lebenden, wenn der Beschwerte bestimmungsberechtigt ist, entweder dem Schenker oder dem Begünstigten gegenüber, gleichgiltig, ob dieser klagberechtigt ist oder nicht. Denn beide sind als der „andere Teil" des entsprechend anzuwendenden § 315 Absatz 2 zu betrachten. Ist dagegen der Schenker oder der klagberechtigte Begünstigte bestimmungsberechtigt, so erfolgt die Bestimmung gegenüber dem Beschwerten.[1]) Ist ein Dritter, der nicht auch gleichzeitig der Begünstigte ist, bestimmungsberechtigt, so kann

[1]) Vgl. oben Seite 69 Anm. 1.

die Bestimmung auch gegenüber dem Begünstigten erfolgen.

Bei Auflagen von Todes wegen wird, wenn ein Dritter oder eine der klagberechtigten Personen bestimmungsberechtigt ist, die Bestimmung gegenüber dem Beschwerten zu erfolgen haben. Ist der Beschwerte dagegen selbst bestimmungsberechtigt, so erfolgt sie gegenüber dem Begünstigten oder einer der klagberechtigten Personen.

Über die Verbindlichkeit der Bestimmung gilt das oben[1]) bei einer auf Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gerichteten Auflage Gesagte.

b. Damit aus einer Auflage eine Verbindlichkeit entstehe, muss die Leistung ferner möglich sein.

Hierbei ist eine anfängliche und nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung und ein sogenanntes Unvermögen des Beschwerten zu unterscheiden.

α. Bei Unmöglichkeit der Leistung schon zur Zeit des Entstehens der Verpflichtung tritt für Auflagen unter Lebenden nach § 306, für letztwillige Auflagen nach §§ 2192, 2171, in Übereinstimmung mit dem römischen Recht (D. 28, 7 fr. 8 § 7: verum sit compellendum eum manumittere „si viveret"; bezw. D. 50, 17 fr. 185; Cod. 4, 6 c. 8) und dem Allgemeinen Landrecht (§ 51 I, 5) Unwirksamkeit der Verpflichtung ein. Besondere Fälle der Unmöglichkeit festzulegen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch vermieden. Zu bemerken ist hier aber, dass der § 2172 für Auflagen mangels Aufzählung in § 2192 nicht anwendbar ist.[2])

Für den Fall der nur teilweisen Unmöglichkeit gibt § 139 für beide Arten der Auflage die gleichmässige Bestimmung, dass eine derartige Unmöglichkeit der vollständigen grundsätzlich gleichzustellen ist, sofern nicht anzunehmen ist, dass der Wille des Anordnenden ein anderer ist.

[1]) Vgl. Seite 70 ff.

[2]) Indessen könnte gegeben Falls doch auch ebenso entschieden werden.

Eine eventuelle Konversion, wie sie D. 33, 2 fr. 16 und § 511 A.L.R. I, 12 kennt, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt.

Der für die Beurteilung dieser Unmöglichkeit massgebende Zeitpunkt ist der der Entstehung der Verpflichtung, bei Schenkungen der Zeitpunkt der Annahme der Schenkung in Kenntnis der Auflage, bei letzwilligen Auflagen gemäss §§ 2192, 2171 die Zeit des Erbfalls.

Eine Ausnahme von der Vorschrift, dass anfängliche Unmöglichkeit der Leistung Unwirksamkeit der Auflage zur Folge hat, bestimmt § 308, der gemäss §§ 2192, 2171 auch auf letztwillige Auflagen entsprechend Anwendung zu finden hat. Danach ist eine für den Fall des Wegfalls der Unmöglichkeit bis zur Zeit der Fälligkeit übernommene Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage trotz der schon anfänglich vorhandenen Unmöglichkeit doch nicht nichtig, sondern nur durch die „Beseitigung der Unmöglichkeit suspensiv bedingt".[1]) Das nämliche bestimmt der Absatz 2 des § 308 für den Fall, dass eine wirkliche Bedingung oder ein Anfangstermin gesetzt ist.

Aus der Nichtigkeit der Verpflichtung ergibt sich, dass höchstens von einem Anspruch auf Ersatz des „negativen Vertragsinteresses" aus § 307 gesprochen werden kann.

Bei Auflagen unter Lebenden können der Belastete oder der Schenker schadensersatzpflichtig sein.

Der Belastete kann nur dann schadensersatzpflichtig sein, wenn er die Unmöglichkeit bei Annahme der Schenkung kannte.

Berechtigt ist alsdann entweder der gemäss § 330 klagberechtigte Begünstigte oder der Schenker; dieser aber nur, sofern er selbst der mit der Auflage Begünstigte ist. Diese Einschränkung geht daraus hervor, dass der Schenker selbst auf die Giltigkeit „des Vertrages, der auf die unmögliche Leistung gerichtet ist", also der Auflage

[1]) Motive, II Seite 180.

vertrauen muss, wenn er das Recht aus § 307 geltend machen will.[1])

Dass der Berechtigte seinerseits die Unmöglichkeit der Auflage nicht gekannt haben darf, geht aus § 307 Absatz 1 Satz 2 hervor.

Der Schenker kann ebenfalls nur dann schadensersatzpflichtig sein, wenn er die Unmöglichkeit der Auflage kannte.

Diese Schadensersatzpflicht des Schenkers kann aber nur dann eintreten, wenn ein Dritter durch die Auflage begünstigt und gemäss § 330 klagberechtigt ist. Wäre der Schenker selbst der Begünstigte, so ist § 307 gar nicht anwendbar, und der Fall, dass der Beschenkte selbst der „mit der Auflage Begünstigte" sein sollte, scheidet überhaupt aus.[2]) Ob der Beschwerte die Unmöglichkeit kannte oder nicht, ist für das Bestehen der Schadensersatzpflicht des Schenkers irrelevant.

Bei letztwilligen Auflagen dürfte eine Ersatzpflicht auf § 307 kaum begründet werden können, da bei diesen ein Recht auf Schadensersatz mangels eines wirklichen Forderungsrechtes nicht bestehen kann.[3])[4])

β. Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung kann die Verpflichtung des Beschwerten nur dann nicht beeinträchtigen, wenn sie unverschuldet ist.[5]) Nur unter dieser Voraussetzung fällt sie weg. Es folgt dies

---

[1]) Welche Rechte in den Fällen, in denen der Schenker nicht der Begünstigte ist, in Frage kommen, soll weiter unten bei Besprechung der Rückforderungsklage dargestellt werden.

[2]) Vgl. oben Seite 29 ff.

[3]) Ritgen, in Plancks Kommentar, Anm. 1 zu § 2194.

[4]) Aus dem nämlichen Grunde ist auch für den Fall der Auflage bei Schenkungen die Einschränkung gemacht, dass § 307 nur denjenigen Begünstigten zugute kommt, die nach § 330 ein selbständiges Forderungsrecht haben.

[5]) D. h. nicht infolge eines Umstandes eintritt, den der Beschwerte zu vertreten hat.

aus § 275, nicht aber, wie oben[1]) bereits ausgeführt wurde, aus § 323.

Bei teilweiser, nachträglich eintretender Unmöglichkeit tritt gemäss § 275 Absatz 1 nur teilweise Befreiung von der Leistungspflicht ein.[2])

Dieselben Grundsätze sind ohne Zweifel auch für Auflagen von Todes wegen massgebend.

γ. Was das „Unvermögen" zur Erfüllung einer Auflage angeht, so ist bei beiden Arten der Auflage durch § 275 Absatz 2 nur der Fall eines nachträglich eintretenden Unvermögens geregelt und dieses der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit gleichgestellt. Es hat also Befreiung von der Verpflichtung nur dann zur Folge, wenn es unverschuldet ist. Dagegen wird man einem zur Zeit der Fälligkeit bestehenden Unvermögen in Übereinstimmung mit den Motiven[3]) nicht die Bedeutung beilegen können, die Wirksamkeit der Auflage irgendwie zu beeinträchtigen.

c. Im Anschluss hieran ist noch der Fall zu behandeln, dass die den Gegenstand der Auflage bildende Leistung gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstösst.

α. Im letzteren Fall wird in Übereinstimmung mit dem römischen Recht[4]) und dem preussischen Landrecht (§ 6 I, 4) und dem Code civil (art. 1131, 1133) für Schenkungen mit Auflagen, durch § 134, für letztwillige Auflagen durch §§ 2192, 2171 Nichtigkeit bezw. Unwirksamkeit der Auflage bestimmt.

Die Berücksichtigung des möglichen Wegfalls des gesetzlichen Verbotes ist in dem § 308 Absatz 1 und 2 vorgesehen, der in dem vorliegenden Falle für Auflagen bei

[1]) Vgl. Seite 36, 37.

[2]) „Der Schuldner wird ... frei, soweit die Leistung unmöglich wird."

[3]) II Seite 45.

[4]) D. 35, 1 fr. 37: totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum.

Schenkungen gemäss § 309, für letztwillige Auflagen gemäss §§ 2192, 2171 Anwendung findet.

β. Verstösst die Auflage gegen die guten Sitten, d. h. würde die Erfüllung der Auflage einen Verstoss gegen die guten Sitten bedeuten, so ist sie schon nach den Grundsätzen von D. 33, 1 fr. 7 (haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci)[1]) nicht zu erzwingen.[2]) Durch § 138 ist für beide Arten der Auflage dementsprechend Nichtigkeit der Auflage bestimmt. § 307 kann hier nicht Platz greifen, weil jeder wissen muss, was gegen die guten Sitten verstösst, ebensowenig § 308, da eine derartige Bedingung selbst gegen die guten Sitten verstossen würde.[3])

§ 6.

Die Erfüllungsklage.

Der aus der Auflage hervorgehenden Verpflichtung entspricht das im Bürgerlichen Gesetzbuch bestehende Recht gewisser Personen auf Erfüllung dieser Verpflichtung zu klagen. Es ist dies keine neue Erfindung des Gesetzbuches, sondern dem bisher geltenden Recht entnommen.

I. Ehe wir daher den Rechtszustand des Bürgerlichen Gesetzbuches schildern, müssen wir zunächst auf die geschichtliche Entwicklung der Erfüllungsklage etwas näher eingehen.

In der ersten Periode der Entwicklung, als der römisch-rechtliche modus noch nicht als besonderes Rechtsinstitut

[1]) Zu vergleichen sind noch D. 28, 7 fr. 8 § 6: (quod non improbum est), fr. 15.

[2]) Ein sehr treffendes Beispiel für einen gegen die guten Sitten verstossenden modus gibt D. 35, 1 fr. 71 § 2 (Titio centum relicta sunt ila, ut a monumento meo non recedat vel uti in illa civitate domicilium habeat, potest dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur). Meines Erachtens könnte man heute noch ebenso entscheiden.

[3]) Planck, Kommentar, Anm. 2 zu § 309.

sich entwickelt hatte, bestanden verschiedene Mittel, einen Zwang zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges auszuüben. Selbst das justinianische Recht gelangte hier nicht zu einer einheitlichen Regelung. Auch ist der Zwang zur Erfüllung des modus nicht einheitlich bei donationes sub modo und letztwilligen Auflagen normiert. Diese „bunte und teilweise singuläre“ [1]) Regelung hatte wesentlich darin ihren Grund, dass die Ausbildung des Erfüllungszwanges erst in der Kaiserzeit und namentlich bei letztwilligen Auflagen zum grossen Teile auf dem Wege des Verwaltungsverfahrens in Form des indirekten Zwanges sich vollzogen hat.[2]) Jedenfalls hat diese Entwicklung auch im justinianischen Recht noch keinen Abschluss gefunden. Die verschiedenen Wege, die dabei der modus bei donationes und letztwilligen Verfügungen verfolgte, zwingt zu einer getrennten Behandlung beider.

Bei donationes sub modo standen zur Erfüllung des modus folgende Mittel zu Gebote:

So lange im römischen Recht der Grundsatz galt, dass aus einem formlosen Vertrage keine obligatio entspringe, bedurfte es zur Begründung einer mit einer Klage zu verfolgenden Verpflichtung bei dem modus einer stipulatio zwischen Schenker und Beschenkten. Nur in diesem Falle konnte man mit einer actio ex stipulatu auf Erfüllung klagen.[3])[4])

Seitdem aber erst einmal der Grundsatz der Klagbarkeit eines in bezug auf eine zuvor empfangene Leistung geschlossenen formlosen Vertrages aufgekommen war, war es nur noch ein Schritt, auch für den Fall, dass der modus

[1]) Bekker, Pandekten, II Seite 118.

[2]) Pernice, Labeo, Seite 32.

[3]) Pernice, Labeo, Seite 88, 89; Erxleben, Condictiones, Seite 290.

[4]) In den Fällen, in denen ein vermögensrechtliches Interesse des Schenkers an Erfüllung des modus nicht vorlag, konnte man dadurch, dass man die stipulatio als „Strafgeding“ fasste — vgl. oben Seite 9 — praktisch den gleichen Erfolg erzielen. Ein Beispiel für einen solchen Fall gibt D. 45, 1 fr. 122 § 2.

nicht in die Form einer stipulatio gekleidet war, den neuen Grundsatz der Klagbarkeit anzuwenden, zumal man die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit einer direkten Erfüllungsklage für solche Anordnungen sehr wohl erkannte. Bei dem von den Römern festgehaltenen Grundsatz, dass keine Klage ohne eine bestimmte Formel denkbar sei, musste man entweder eine der bereits bestehenden Formeln anwenden, oder eine neue Formel erfinden. Den letzteren Weg einzuschlagen, blieb den Römern bei dem modus erspart, da sie in der „actio praescriptis verbis" das Gesuchte vollauf fanden.[1])

War mit dem modus ein Dritter bedacht, so hatte ursprünglich wegen des strengen Grundsatzes der Römer „alteri stipulari nemo potest"[2]) weder der Geber, noch der Begünstigte ein Recht auf Erfüllung des modus. Aber schon in der vordiokletianischen Kaiserzeit wurde ausnahmsweise (benigna iuris interpretatione) für den Fall der Anordnung eines modus zugunsten eines Dritten diesem ein direktes Klagerecht in Form einer utilis actio gegeben, aber nur iuxta voluntatem donatoris. Dies wird ausdrücklich in Cod. 8, 54 c. 3 durch eine constitutio Diocletians und Maximians aus dem Jahre 290 bezeugt, die sich dabei auf Entscheidungen früherer Kaiser (divi principes) beruft. Dies ist meiner Ansicht nach[3]) eine wirkliche Klage auf Erfüllung, nicht eine auf Rückgabe der Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflage gerichtete, dem Dritten cedierte Klage, wie Erxleben[4]) und Eisele[5]) behaupten. Die Erfüllungsklage des Gebers muss alsdann, wenn dieser überhaupt an der Leistung an den Dritten ein eigenes

[1]) Cod. 8, 53 c. 22, 9; Cod. 4, 38 c. 3; Cod. 4, 64 c. 8. Über die sog. „actio praescriptis verbis" vgl. oben Seite 32 ff.

[2]) Inst. III 19 § 19; D. 50, 17 fr. 73 § 4; D. 44, 7 fr. 11.

[3]) Ebenso Savigny, System, IV Seite 286; Sintenis, Civilrecht, Seite 188; Windscheid, Voraussetzung, Seite 474.

[4]) Condictiones, II Seite 300.

[5]) Beiträge, Seite 82.

Interesse hat, in Konkurrenz mit der Klage des Dritten als fortbestehend anerkannt werden.[1])

Diese dem Dritten zustehende Klage ist auch im gemeinen Recht anerkannt, ebenso wie der Erfüllungszwang auf Grund der c. 9, 22 Cod. 8, 53 mit der „actio praescriptis verbis". Dagegen ist mit dem Wegfall der stipulatis auch die actio ex stipulatu fortgefallen.

Anders dagegen vollzog sich die Ausbildung des Erfüllungszwanges bei letztwilligen Auflagen, da bei diesen ein Zwang kraft eines Rechtes des Gebers nicht in Frage kommen konnte.[2]) Die Notwendigkeit eines Erfüllungszwanges hatte aber auch schon das klassische römische Recht erkannt und sich nicht nur auf die auf Rückforderung gerichtete negative Wirkung der letztwilligen Auflage beschränkt.

Bei der Erzwingung des modus in der früheren Kaiserzeit war man aber im wesentlichen auf die nach Zweckmässigkeitsrücksichten einschreitende Tätigkeit der Behörden angewiesen, die anfangs im wesentlichen nur indirekten Zwang stattfinden liessen. War ein Erbe beschwert, so wurde derselbe dadurch zur Erfüllung des modus indirekt gezwungen, dass der praetor ihm die Erbschaftsklage verweigerte (actio denegatur: D. 32 fr. 19. D. 28, 7 fr. 8 § 6). Einen direkten positiven Erfüllungszwang durch die Obrigkeit, der sich nicht nur mit einem blossen actionem denegare begnügte, kannte erst die spätere Zeit und zwar als Neuerung, wie aus D. 5, 3 fr. 50 hervorgeht: quamvis enim „stricto iure" nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen „principali vel pontificali auctoritate" compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. Andere Quellenstellen, die ebenfalls einen direkten Erfüllungszwang erwähnen, sind: D. 40, 4 fr. 17 § 1, D. 34, 2 fr. 38 § 2. Allerdings sind die Worte der l. 7 in fine D. 33, 1: in omnibus ubi auctoritas sola testatoris est . . .

[1]) Sarling, donatio sub modo, Seite 60.
[2]) Windscheid, Voraussetzung, Seite 166.

interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci, für das klassische Recht wohl ein wenig zu weitgehend. So bezeugt uns nämlich die gleiche lex, dass in den Fällen, in denen nur der Erblasser ein Interesse an der Erfüllung hat, „nullam obligationem ea scriptura recipit", es also nur eine Fidespflicht sei, „ad auctoritatem testatoris conservandam" den modus zu erfüllen, obrigkeitlicher Schutz hier also nicht eintrete, wohingegen die Anordnung eines modus „honoris municipii gratia" obrigkeitlichen Schutz geniesst. Der allgemein gehaltene Schluss der Stelle dürfte demnach mit Recht auf die Kompilatoren zurückzuführen sein. Wir sehen also, dass in vorjustinianischer Zeit selbst der obrigkeitliche Erfüllungszwang keineswegs allgemein Anwendung fand, sondern gerade in wichtigen Fällen dieses Mittel versagte. In einem Falle kannte aber schon das vorjustinianische Recht eine direkte Erfüllungsklage durch Private: Miterben können nämlich gegen einander im iudicium familiae erciscundae auf Vollziehung klagen, wenn der modus einem oder allen Erben auferlegt ist.[1])

Auch für den Fall, dass ein Legatar mit einem modus beschwert ist, kannte das ältere Recht nur einen indirekten Erfüllungszwang, allerdings nicht nur, wie bei Belastung eines Erben, überwiegend durch die Obrigkeit, sondern auch durch Private. Schon seit Beginn der Kaiserzeit wird dem Legatar die Klage aus dem Vermächtnis gewöhnlich verweigert (denegatio actionis: D. 32 fr. 19) oder gegen diese dem Erben eine exceptio doli ge-

[1]) D. 33, 1 fr. 7: nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae erciscundae, uti facias . . ., quin etiam si utique iussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis, und D. 10, 2 fr. 18 § 2: Idem quaerit, si quis testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae erciscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. Sed et cum monumentum iussit testator fieri, familiae erciscundae agent ut fiat. — Ob Ulpian allerdings des Pomponius Meinung, dass die Miterben mit der „actio praescriptis verbis" klagen können, billigt, scheint mir nicht der Fall zu sein (idem tamen „temptat").

geben[1]) und zwar selbst dann, wenn der Erbe kein eigenes Interesse an der Erfüllung des modus hat,[2]) wodurch eine auf Erfüllung des modus gerichtete cautio des Legatars erzwungen werden kann.[3]) Erst auf Grund dieser cautio konnte dann direkt auf Erfüllung geklagt werden. Man sieht also, ein ähnlicher Weg, wie bei der actio ex stipulatu.

Ging der modus bei einem Vermächtnis zugunsten eines Dritten, so kannte das klassische Recht zwar eine denegatio actionis des Beschwerten, aber ebenso wie bei Schenkungen keine direkte Erfüllungsklage des begünstigten Dritten.[4])

Erst Severus bahnte eine neue Richtung dieser Entwicklung mit der Bestimmung an, dass da, wo eine Freilassung als modus auferlegt war, nach Massgabe der Fideikommisse verfahren werden sollte Cod. 6, 45 c. 2 § 1.[5])

Diese Bestimmung des Severus wurde durch Gordian in der soeben erwähnten constitutio aus dem Jahre 240 auch auf andere Fälle ausgedehnt, die aber eine vermögensrechtliche causa betreffen mussten („in pecuniariis causis").[6])

Wo eine solche nicht vorlag, sondern der Erblasser allein ein Interesse an der Erfüllung des modus hatte,

---

[1]) Vgl. D. 40, 5 fr. 48: petenti legatario Stichum (= das Vermächtnis) exceptionem doli mali obstaturam, und D. 40, 5 fr. 7.

[2]) D. 32 fr. 19: etiamsi non interest heredis id fieri, Savigny, System, IV § 129.

[3]) D. 32 fr. 19: si non caveas heredi „futurum, quod defunctus voluit". (Pernice, Labeo, Seite 37) und D. 40, 5 fr. 48: nisi caverit se . . . praestaturum.

[4]) Windscheid, Voraussetzung. Seite 171 ff.

[5]) Diese constitutio des Severus stellt übrigens nur die richtige Weiterbildung des Rechtes des modus dar, da dieser ebenfalls nur fidei commissum est, und eine Ähnlichkeit eines modus zugunsten eines Dritten mit einem Fideikommiss immerhin vorhanden war.

[6]) Die Grundlosigkeit der Behauptung, dass damit solche Fälle aus dem Gebiete des modus ausgeschieden waren, ist oben (Seite 11 ff.) nachgewiesen worden.

musste man es bei dem Erfordern einer besonderen cautio bewenden lassen. Indessen konnte man auch hier, wie bei Belastung eines Erben, zu dem Ausweg greifen, den „modus“ in der Form einer Bedingung, einer multa-androhung oder Auferlegung eines Eides (sog. condicio iuris iurandi) anzuordnen. Jedenfalls sind dies aber alles nur sehr unvollkommene Zwangsmittel, von denen indessen noch zahlreiche Spuren in den Rechtsquellen vorhanden sind, alles Spuren aus einer Zeit, in welcher der modus überhaupt noch nicht als abgeschlossenes Rechtsinstitut sich entwickelt hatte.

Das justinianische Recht hat sich mit der Kautionspflicht des Legatars, der Möglichkeit, die Auflage eventuell im iudicium familiae erciscundae geltend zu machen, und dem obrigkeitlichen Zwange begnügt, letzteren aber erweitert. Das gemeine Recht nahm diese Möglichkeiten des Erfüllungszwanges auf, fügte nur noch, einem praktischen Bedürfnisse folgend, als zwangsberechtigte Personen bei letztwilligen Auflagen den Testamentsvollstrecker hinzu, so dass im gemeinen Recht so ziemlich durchweg die Möglichkeit einer durch das Recht geschützten, zwangsweisen Durchführung des letztwilligen modus besteht und der ursprüngliche römische Gedanke einer blossen Fidespflicht ganz in den Hintergrund gedrängt wird.

Einen Rückschritt in dieser Entwicklung zeigt der Rechtszustand des Allgemeinen Landrechts Preussens. Hier war einmal im Gesetze selbst von einer Erfüllungsklage keine Rede, ferner wurde auch von der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten, dass es bei dem „Endzweck“ keinen Erfüllungszwang gäbe.[1]) Ein Recht der Obrigkeit, auf Erfüllung des „Endzweckes“ zu dringen, ist nur im Interesse des gemeinen Besten und auch nur bei letztwilligen Auflagen bestimmt (I, 12 §§ 514, 515).

Der Code civil normiert ein solches Recht zwar ebenfalls nicht. Die Praxis liess es indessen zu.[2])

[1]) Über den Grund dieser Meinung vgl. oben Seite 20.

[2]) Foertsch, Vergl. Darstellung des code civil mit dem B.G.B. S. 133.

II. Das Bürgerliche Gesetzbuch schliesst sich nicht dem Allgemeinen Landrecht an, sondern übereinstimmend mit dem römisch-gemeinen Recht gewährt es bei Auflagen unter Lebenden, wie von Todes wegen eine direkte Erfüllungsklage.

a. Bei Auflagen bei Schenkungen ist als Voraussetzung der Erfüllungsklage in § 525 Absatz 1 ausdrücklich der allgemein geltende Satz der Vorleistung des Schenkers aufgenommen.[1]) Eine dem § 525 entsprechende Vorschrift der bereits erfolgten Erfüllung der Zuwendung fehlt dagegen bei letztwilligen Auflagen. Wollte man sie analog anwenden, so würde man bei dem § 2186 geradezu auf Hindernisse stossen. Denn dieser Paragraph bestimmt für den Fall, dass der Beschwerte ein Vermächtnisnehmer ist, dass die Erfüllung der Auflage schon verlangt werden kann, wenn der Beschwerte die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu „verlangen berechtigt ist", selbst wenn er das Vermächtnis noch nicht erhalten haben sollte.

Im übrigen werden bezüglich des Zeitpunktes der Fälligkeit die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung zu finden haben, also ebenso wie bei Auflagen unter Lebenden die §§ 271, 272. Eine besondere Bestimmung über die Fälligkeit der Auflage ist bei letztwilligen Auflagen für den Fall getroffen, dass die Zeit für die Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist: dann soll im Zweifel die Auflage mit dem Tode des Beschwerten fällig werden (§ 2192 in Verbindung mit § 2181).[2])

b. Die klagberechtigten Personen sind bei Auflagen bei Schenkungen: zunächst stets der Schenker, gleichgiltig, ob

[1]) § 525: . . . „kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat".

[2]) Bei Belastung eines Erben mit einer Auflage ist bezüglich des Zeitpunktes der Erfüllungsverpflichtung noch der § 2014 B.G.B. und § 782 C.P.O. zu beachten.

die Auflage in seinem Interesse oder in dem eines Dritten angeordnet ist. Dieses Recht ist ein vererbliches.

Dem gemeinen Rechte folgend, gibt das Bürgerliche Gesetzbuch, sofern dies dem Willen der Parteien entspricht, was im Zweifel angenommen wird, in § 330 Absatz 2 dem durch eine Auflage begünstigten Dritten ein selbständiges Recht auf die Auflage, das aber im übrigen denselben Voraussetzungen unterliegt, wie das des Schenkers, also ebenfalls von der Vorleistung des Schenkers abhängig ist.[1]) Daneben bleibt gemäss der ausdrücklichen Bestimmung des § 335 dem Schenker „im Zweifel" immer noch das Recht, Erfüllung an den Dritten selbständig zu verlangen.

Das Recht der „zuständigen Behörde",[2]) Vollziehung einer Auflage zu verlangen, ist nur eingeschränkt zugelassen unter der Voraussetzung eines an der Vollziehung der Auflage bestehenden öffentlichen Interesses und des Todes des Schenkers. Aus der ausdrücklichen Hervorhebung letzterer Voraussetzung ist zu folgern, dass der Schenker auf die Erfüllung verzichten kann, ohne dass die Behörde die Möglichkeit hätte, deswegen irgendwelche Ansprüche gegen den Schenker zu erheben, sofern nicht ein besonderes Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Schenker und der Behörde besteht.

Bei letztwilligen Auflagen ist das Klagerecht der öffentlichen Behörde unter den gleichen Voraussetzungen gegeben. Nur ist die zuletzt besprochene in § 2194 nicht besonders erwähnt, da der Grundsatz des § 2253 Absatz 1, der auch bei Auflagen Anwendung findet, zu dem gleichen Resultat führt.

Wie das Wörtchen „auch" in den §§ 525, 2194 zeigt, bleibt neben dem Klagerecht der Behörde das der sonst klagberechtigten Personen unberührt.

---

[1]) Planck, Kommentar, Anm. zu § 525, und Crome, Bürg. Recht, § 232.

[2]) Für den Begriff der „zuständigen Behörde" ist für Preussen die Kgl. Verordnung vom 16. Nov. 1899 (art. 7) massgebend.

Die bei letztwilligen Auflagen sonst noch als klagberechtigt anerkannten Personen werden in dem § 2194 aufgezählt:

Dem Klagerecht des Schenkers könnte man vielleicht das der Erben und Miterben[1]) an die Seite stellen.

In Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht und Allgemeinen preussischen Landrecht hat der Testamentsvollstrecker gemäss §§ 2203, 2223 ebenfalls das Recht, Erfüllung der Auflage zu verlangen. Eine Anführung des Testamentsvollstreckers in § 2194 ist infolge der §§ 2203, 2223 überflüssig und deshalb, nicht etwa um ihn von der Erfüllungsklage auszuschliessen, die Erwähnung desselben in § 2194 von der zweiten Kommission gestrichen.[2])

Die Bestimmung des § 2194, dass auch derjenige klagberechtigt ist, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, hilft für den Fall, dass nur ein Erbe vorhanden und belastet, ein Testamentsvollstrecker aber nicht ernannt ist, einem bei Schenkungen nicht vorliegenden Bedürfnisse ab.[3]) Es würde hierbei der Ersatzerbe, gemäss § 2102 Absatz 1 im Zweifel auch der Nacherbe, der „nächste" gesetzliche Erbe, und wenn ein Vermächtnisnehmer belastet ist, der zunächst Ersatzberechtigte, oder der mit dem Vermächtnis Belastete in Betracht kommen. Durch diese Bestimmung ist stets das Vorhandensein eines Berechtigten gesichert.

Ist so einerseits der Kreis der klagberechtigen Personen bei letztwilligen Auflagen grösser als bei Auflagen bei Schenkungen, so ist er auf der anderen Seite doch wieder insoweit enger, als bei letztwilligen Auflagen nach § 1940 der begünstigte Dritte niemals ein Klagerecht hat.

c. Sind auf der Seite des Schenkers oder des Dritten mehrere Personen klagberechtigt, so greift zunächst § 420

[1]) Der Pflichtteilsberechtigte als solcher scheidet hierfür also aus, da er kein Erbe ist.

[2]) Meischeider, Letztw. Verfügungen, Seite 442 Anm. 14.

[3]) Ritgen, in Plancks Kommentar, Anm. 2c zu § 2194; Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73.

also anteilige Berechtigung Platz; unter Umständen tritt Gesamtberechtigung ein. Bei unteilbarer Leistung tritt sogenannte gemeinschaftliche Berechtigung nach § 432 ein. Zu erwähnen ist hierbei, dass das soeben Gesagte nicht Anwendung findet, wenn der begünstigte Dritte selbst berechtigt ist. Denn dann stehen Schenker und Begünstigter gleichberechtigt neben einander.

Einfacher gestaltet sich das Verhältnis bei letztwilligen Auflagen. Bei diesen kann, da die klagberechtigten Personen völlig gleichberechtigt neben einander stehen, jeder die Vollziehung der ganzen Leistung verlangen und der Belastete kann an jeden die ganze Leistung bewirken,[1]) sofern sie überhaupt an diese bewirkt werden kann.

d. Zwischen den beiden Arten des Klagerechtes besteht ein wichtiger Unterschied in ihrem Charakter. Das in § 525 dem Schenker und nach § 330 Satz 2 dem begünstigten Dritten gewährte Klagerecht ist ein wirkliches Gläubigerrecht, das den Normen über Schuldverhältnisse unterliegt, während das Recht der in § 2194 genannten Personen und des Testamentvollstreckers, „die Vollziehung der Auflage zu verlangen", mehr ein formales Klagerecht ist.[2])

Daran schliesst sich die Frage, ob bei letztwilligen Auflagen, wenn eine dieser Personen durch die Auflage begünstigt ist, diese ebenfalls das Recht auf Erzwingung der Auflage geltendmachen kann. Ich möchte diese, allerdings sehr zweifelhafte Frage verneinen. Denn wenngleich das Verlangen, die Auflage zu vollziehen, wie § 2194 es zulässt, nicht die Geltendmachung eines Rechtes enthält, insoweit also die Vorschrift des § 1940 nicht verletzt wäre, so würde doch bei Bejahung dieser Frage dem in fraudem legis agere Tür und Tor geöffnet sein. Denn was hinderte dann den Erblasser, ein Vermächtnis mit einer Auflage zu belasten, und nun den Begünstigten als Testamentsvoll-

[1]) Herzfelder, in Staudingers Kommentar, Anm. zu § 2194.

[2]) Vgl. darüber oben Seite 25.

strecker gemäss § 2223 zu ernennen und so den § 1940 faktisch zu umgehen?

§ 7.

Das Rückforderungsrecht bei Nichterfüllung der Auflage.

Neben dem Klagerecht auf Erfüllung der Auflage erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 527, 2196 bei Auflagen unter Lebenden und von Todes wegen ein Recht auf Rückforderung der Zuwendung an. Es nimmt damit eine bereits im römischen Recht bestehende Einrichtung auf, die auch in anderen modernen Gesetzbüchern sich findet.

I. Es wird sich daher empfehlen, hier zunächst auf die geschichtliche Entwickelung des Rückforderungsrechtes etwas näher einzugehen.

a. Römisches und gemeines Recht.

α. Die älteste Rückforderungsklage war jedenfalls die actio fiduciae,[1]) welche auf einer, allerdings nur bei der donatio dando möglichen, fiduziarischen Abrede beruhte, wonach bei Nichterfüllung des modus Rückübertragung der Zuwendung stattfinden sollte. Das Anwendungsgebiet dieser Klage war also von vornherein ein beschränktes; auch liess die infamierende Wirkung dieser Klage, die hier um so härter und unangemessener erschien, als sie eine Person betraf, der man durch die Zuwendung ein besonderes Vertrauen und Zuneigung bewiesen hatte, sie wenig geeignet für diesen Fall erscheinen, so dass sie auch bald von der condicio verdrängt wurde.

β. Die Anwendbarkeit der condictio ist eine verschiedene bei Schenkungen und bei letztwilligen Verfügungen.

Bei Schenkungen war sie grundsätzlich immer zulässig[2]) und zwar auch dann, wenn der modus von vornherein unmöglich war.

[1]) Pantenburg, Rückforderungsrecht, Dissert. Seite 12.
[2]) Pernice, Labeo, Seite 300.

Allerdings haben wir für den Fall der tatsächlichen anfänglichen Unmöglichkeit des modus bei Schenkungen keine Quellenbeispiele für die Zulässigkeit der condictio überliefert. Wohl aber ist in D. 3, 3 fr. 8 § 2 und Cod. 4, 6 c. 5 bei rechtlicher Unmöglichkeit des modus die Rückforderungsklage gegeben,[1]) offenbar weil hier von einer „Verpflichtung" nicht die Rede sein kann, die Belassung der Zuwendung ohne die Verpflichtung aber dem Willen des Schenkers widersprechen würde.

Mit einiger Sicherheit lässt sich deshalb auch für den Fall „tatsächlicher" anfänglicher Unmöglichkeit die Zulässigkeit einer condictio behaupten.

Man vertritt allerdings auch die Ansicht, dass in solchen Fällen die Absicht zu schenken, überwiegen müsse, da die Leistung durch die Gegenleistung doch nicht bestimmt wird, eine condictio also nicht Platz greifen könne.[2]) Indessen lässt sich diese Meinung kaum quellenmässig begründen. Denn die Stelle Cod. 4, 6 c. 8, aus der man sie per argumentum e contrario zu begründen sucht, handelt meines Erachtens gar nicht von der anfänglichen, sondern von der nachfolgenden, verschuldeten Nichterfüllung. Jener Zusatz: „si non impossibilem contineat causam", der auf den ersten Blick allerdings für die Windscheidsche Ansicht spricht, ist meines Erachtens erst ein späterer Zusatz der Kompilatoren, hervorgegangen aus deren Bestreben, bei nachträglicher Unmöglichkeit das Moment des Verschuldens als notwendige Grundlage für die condictio zu normieren.

Bei nachträglicher Unmöglichkeit des modus war die condictio ebenfalls grundsätzlich begründet; und zwar unterschied man anfangs hierbei nicht, ob die „Nichterfüllung des modus auf objektiven Gründen beruhte oder auf den bösen Willen oder die Nachlässigkeit des Belasteten zurückzuführen sei".[3]) Die Hervorhebung des Verschuldens bei nachträglicher Unmöglichkeit ist vielmehr erst dem

[1]) Pernice, Labeo, Seite 301.

[2]) Windscheid, Voraussetzungen, Seite 183.

[3]) Ferrini, Pandette, pag. 200.

Einwirken der actio praescriptis verbis zu danken. Denn diese betonte das Moment der Verpflichtung des Beschenkten und nun brach sich der Grundsatz Bahn, dass man die Verpflichtung gegen den nicht geltendmachen könne, dem die Erfüllung ohne Schuld unmöglich geworden wäre.[1] Dieser Grundsatz ist in der — interpolierten — Stelle c. 10 Cod. 4, 6 ausgesprochen mit den Worten: pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est. Ebenso kann man dies aus c. 8 Cod. 4, 6 per argumentum e contrario schliessen. Auch in D. 12. 4 fr. 5 § 4 ist die Äusserung Ulpians interpoliert und die culpa als Erfordernis der Rückforderungsklage erst künstlich hineingebracht.[2])

Das spätere Kaiserrecht zeigt demnach die Tendenz bei unverschuldeter Unmöglichkeit des modus bei Schenkungen die condictio auszuschliessen.[3])

Zum Beweis des Gegenteils sucht man sich auf D. 39, 5 fr. 2 § 7 zu stützen, die gerade das Gegenteil besage.[4]) Doch handelt es sich in dieser Stelle, wie bereits oben[5]) nachgewiesen wurde, nicht um einen wirklichen modus, sondern um eine reine Zweckgabe, so dass diese Stelle weder für noch gegen unsere Ansicht etwas enthält.

Das gemeine Recht hat sich bei der Frage nach der Anwendbarkeit der condictio bei Nichterfüllung eines modus bei Schenkungen, dem justinianischen Rechte angeschlossen.[6])

Die condictio umfasst den ganzen Betrag der Zuwendung, nicht nur den zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Betrag.

[1]) Windscheid, Voraussetzung, S. 178; Pernice, Labeo, S. 201, 304.

[2]) Pernice, Labeo, Seite 302.

[3]) Perrini, Pandette, pag. 201.

[4]) Titio decem donavi ea condicione ut inde Stichum sibi emeret . . . mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

[5]) Seite 17.

[6]) Dernburg, Pand., I § 115 Note 13; Sintenis, Civilrecht, S. 189; Savigny, System, IV Seite 282 g.

Bei dem letztwilligen modus stand dem Erben die Möglichkeit der Geltendmachung einer condictio auf Rückgabe der Zuwendung bei Nichterfüllung des modus nicht zur Seite. Es ist dies einmal in den Quellen nicht bezeugt. Denn dass die Aufsichtsbehörde bei Belastung von Gemeinden einschreitet und auf Rückgabe des nicht verwendeten Teiles der donatio im Verwaltungswege dringen kann,[1]) kann man nicht als das Bestehen der Befugnis des Erben auf Rückforderung bezeichnen. Andererseits wäre sonst die Novelle 1 Justinians nicht recht verständlich: „Der Erbe oder Vermächtnisnehmer soll als Unwürdiger die Zuwendung verlieren, wenn er einen modus des Erblassers, nachdem er sich in den Besitz gesetzt hat, nicht erfüllt".[2]) Denn diese Novelle wäre ganz überflüssig gewesen, wenn schon im klassischen Rechte eine Rückforderungsklage bestanden hätte.[3])

Es ist demnach festzuhalten, dass erst das justinianische Recht eine Klage des Erben oder Vermächtnisnehmers wegen Nichterfüllung eines modus „kraft Gesetzes" kennt.

Ich sage „kraft Gesetzes". Denn wenngleich schon das klassische Recht die Rückforderung des Vermächtnisses wegen Nichterfüllung eines diesem hinzugefügten modus auf Grund einer cautio des beschwerten Legatars kennt, so beruht dies doch nicht auf einer für solche Fälle getroffenen gesetzlichen Bestimmung, sondern stützte sich nur auf die in jedem einzelnen Falle besonders zu treffende Parteivereinbarung.

Dieses Mittel stand natürlich nur dann zu Gebote, wenn die Nichterfüllung von dem Beschwerten verschuldet war. Bei unverschuldeter Unmöglichkeit des modus oder Verstoss desselben gegen die guten Sitten oder das Gesetz, bleibt das Legat oder Fideikommiss, dem der modus hinzugefügt ist, unbeschränkt dem Belasteten.[4]) Im justinia-

[1]) Pernice, Labeo, Seite 35.
[2]) Pernice, l. c.
[3]) Pernice, Labeo, Seite 34 ff.
[4]) D. 35, 1 fr. 6, 37, 71 § 2.

nischen Recht hat sich daran nichts geändert, da in diesem noch mehr als im klassischen Recht auf das Moment des Verschuldens Gewicht gelegt wird.

Da gegen die durch den Belasteten verschuldete Unmöglichkeit im klassischen Recht die cautio schützen sollte, sind die Folgen der verschuldeten Unmöglichkeit in den dem klassischen Recht entnommenen Quellenstellen nicht näher erörtert worden, weil man die Regelung dieser Frage vollkommen den Parteivereinbarungen überliess.

Dass in D. 28, 7 fr. 8 § 7 mit den Worten: nam mortuo Sticho nemo dicet summovendum eum . . . non videtur enim defectus condicione, si parere condicioni non possit: implenda est enim voluntas, si potest, und in D. 32 fr. 38 § 6 mit den Worten: „utique si per eum non stetit parere defuncti voluntati" ausdrücklich, und namentlich in der ersten Stelle sehr eindringlich, das Verschulden des Belasteten als Voraussetzung der Rückforderung hervorgehoben wird, ist mit Recht als ein Ausfluss des Bestrebens der Kompilatoren anzusehen, hier ihren Grundsatz: „keine Rückforderung ohne Verschulden" zur Geltung zu bringen. Ganz besonders klar geht dies daraus hervor, dass in D. 32 fr. 38 § 6 von einem Verschulden des Beschwerten überhaupt nicht die Rede sein kann. Es kam den Kompilatoren hier eben nur auf die Hervorhebung des Problems an.

Hier ist jedoch noch eine im Wege „systematischer Interpolation" [1]) erreichte Modifikation des justinianischen Rechtes zu erwähnen, wonach auch unverschuldete Unmöglichkeit oder Ungiltigkeit des modus das zugrunde liegende Vermächtnis doch hinfällig machen soll, sofern nämlich der modus den ausschliesslichen oder wenigstens überwiegenden Zweck der Zuwendung [2]) bildet.

Allerdings steht uns zur Begründung [3]) unserer Ansicht nur ein sehr dürftiges Quellenmaterial zu Gebote. Die

[1]) Ferrini, Pandette, pag. 200.

[2]) Prevalente ragione del negozio: Ferrini, Pandette, pag. 200.

[3]) Pernice, Labeo, Seite 296 ff.

Stelle, die hier besonders in Betracht kommt, ist D. 35, 1 fr. 71 § 3, vor allem die Worte „Titio genero meo heres meus dotis Seiae filiae meae nomine centum dato . . . ante nuptias vero Titio vel muliere defunctis legatum apud heredem manet. quod si nolit eam uxorem ducere causa legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intellegetur, sed Titio legatum petenti nocebit exceptio doli. Danach soll also, wenn der Zweck zufällig nicht erreicht werden kann (. . . muliere defunctis) das Vermächtnis nicht ausbezahlt werden (apud heredem manet.). Diese Worte sind aber sichtlich aus der Feder der Kompilatoren geflossen. Für die klassische Zeit gibt uns D. 34, 1 fr. 8 ein Beispiel dafür, dass, wenn durch den Tod des Empfangsberechtigten die Erfüllung des modus unmöglich wird, der Vermächtnisnehmer pecuniae sortem behält.[1])

Die Abweichung der Entscheidung dieser beiden Fälle ist darauf zurückzuführen, dass im justinianischen Recht, in der ersten Stelle, der Legatar als Treuhänder erscheint,[2]) der mit dem modus verfolgte Zweck demnach als der Hauptzweck sich darstellt.[3])

[1]) Cavere non esse cogendum ex persona deficientium partes coheredibus restitui placuit . . . post mortem omnium libertorum indebiti non competit actio nec utilis dabitur.

[2]) Pernice, l. c.

[3]) Übrigens finden wir auch bei den Fideikommissen eine ganz gleiche Änderung des justinianischen Rechtes. — Bei diesen bestätigt uns Julian in D 30 fr. 92 § 1 und D. 40, 5 fr. 51 § 2, dass ein mit einem Fideikommiss belastetes Legat bei vom Belasteten nicht verschuldeter Unmöglichkeit des Fideikommisses dem Legatar verbleibe. Die einschränkenden Sätze des fr. 37 D. 35, 1: et tamen a legato non esse eum repellendum, quoniam magis legatarium aliquid commodum testator in hoc servo quam heredem habere voluisset, wobei mit quoniam etc. „weniger eine Begründung, als eine Einschränkung gemeint ist", — (Pernice, Labeo, Seite 294: nur wenn der Erblasser dem Legatar einen Vorteil hat zuwenden wollen, bleibt das Vermächtnis bestehen) - , und des fr. 17 D. 31: nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit, werden, abgesehen von sprachlichen Momenten, auch wegen ihres direkten Widerspruches mit den obigen klaren Stellen Julians, mit Recht auf Rechnung der Kompilatoren gesetzt. (Pernice, l. c.)

Dies wird mit Recht von Pernice und Ferrini auf eine Abschwächung des Begriffes legatum und auf eine Veränderung in der Vorstellung seiner substanziellen Natur zurückgeführt. Wenn auch in solchen Fällen die causa lucrativa wegfällt, „si mantiene però in senso lato il concetto di liberalità".[1] Der Begriff Legat bleibt insoweit also gewahrt.

b. Dieses Rückforderungsrecht[2] ist auch von den modernen Kodifikationen übernommen worden, so dem Österreichischen Gesetzbuch (art. 709, 710), dem Code civil (art. 953), hier als droit de révocation, und von dem Allgemeinen Landrecht Preussens. (§ 154 I. 4; §§ 510 bis 512 I, 12.)

Das Allgemeine Landrecht (§ 154 I. 4) gestattet die Rückforderung der Zuwendung auch bei zufälliger Unmöglichkeit des „Endzweckes".[3] Die Bestimmung der §§ 511,

Der Grundsatz, dass auch eine unverschuldete Unmöglichkeit des Fideikommisses die Wirksamkeit des Vermächtnisses beeinflusse, ist demnach erst im justinianischen Rechte zu suchen und durch Interpolationen zur Geltung gebracht worden.

[1]) Ferrini, Pandette, pag. 813.

[2]) Das spätkaiserliche römische Recht hatte noch eine andere Form des Rückforderungsrechtes bei Nichterfüllung des modus eingeführt.

An die Praxis früherer Kaiser (divi principes) sich anschliessend, gewährt c. 1 Cod. 8, 54 bei „verschuldeter" Nichterfüllung der auf Alimentenzahlung gehenden Auflage bei einer Schenkung neben der condictio eine auf Wiederherstellung des früheren Eigentums gerichtete (Sintenis, Civilrecht, I Seite 188 Anm. 34), auf andere Fälle nicht auszudehnende, „vindicatio utilis".

Es liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit, die einzelnen, an diese Klage sich anknüpfenden, bei Ihering (Jahrbücher, I Seite 1207) eingehend besprochenen Streitfragen hier erschöpfend zu behandeln. Nur soviel sei hier gesagt, dass die Ansicht Iherings, dass es sich hierbei um eine vorteilhaftere Geltendmachung der obligatio handele, offenbar das Richtige trifft, da es sich jedenfalls nur um eine möglichst umfangreiche Anwendung der vindicatio handelt.

Den modernen Kodifikationen ist diese Ausnahmeklage unbekannt.

[3]) Über den Grund dieser Bestimmung vgl. oben Seite 20.

512 I, 12, dass bei Unmöglichkeit der Erfüllung per aequipollens die Zuwendung dem Erben oder Vermächtnisnehmer verbleiben soll, enthält eine Annäherung an das römische Recht.[1]) Besonders erinnert sie an D. 33, 2 fr. 16.

II. Die Rückforderungsklage wegen Nichterfüllung ist auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch bekannt.

a. Der erste Entwurf hatte allerdings eine positive Vorschrift hinsichtlich dieses Rechtes sowohl bei Schenkungen wie bei letztwilligen Verfügungen nicht aufgenommen, da dies einmal im Interesse der Rechtssicherheit nicht erforderlich wäre, andererseits eine ausdrückliche Vorschrift eine zweckentsprechende Berücksichtigung des Willens des Zuwendenden in dem einzelnen Falle verhindern würde.[2]) Die §§ 527, 2196 sind erst im zweiten Entwurf aufgenommen worden, allerdings beide nur als Dispositivvorschriften, wodurch jenes letztere Bedenken bei sinngemässer Anwendung dieser Vorschriften behoben ist.

Die Voraussetzungen des Rückforderungsrechtes sind in diesen beiden Paragraphen indessen nicht gleichmässig geregelt.

§ 527 verlangt für Auflagen bei Schenkungen die für den Rücktritt bei gegenseitigen Verträgen in §§ 325, 326 bestimmten Voraussetzungen[3]) also:

Unmöglichkeit infolge eines von dem Belasteten zu vertretenden Umstandes (§ 325 Absatz 1). Das Mass des Verschuldens bestimmt sich nach den §§ 276 ff.

Ferner ist die Rückforderungsklage gegeben, wenn der Beschenkte auf die Erfüllungsklage des Schenkers oder dessen Erben hin rechtskräftig verurteilt ist und nach einer zur Bewirkung der Leistung ihm gesetzten ange-

[1]) Dernburg Preuss. Privatrecht, I § 93.

[2]) Motive, II Seite 302, V Seite 216.

[3]) So bedenklich schon die Ausdrucksweise des § 527 ist, so wenig gerechtfertigt ist es, wie auch die Protokolle (II Seite 33) hervorheben die erschwerten Voraussetzungen des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen hier anzuwenden, obwohl dazu kein offensichtliches Bedürfnis vorliegt.

messenen Frist[1]) die Auflage nicht erfüllt oder die Erfüllung der Auflage nach Ablauf dieser Frist infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Beschwerte zu vertreten hat (§§ 325 Absatz 2, 283).

Der dritte Fall, in dem die Rückforderungsklage zulässig ist, ist der, dass der Beschenkte mit der Erfüllung der Auflage im Verzuge ist und eine ihm gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen lässt.[2]) Hat die nachträgliche Erfüllung für den Schenker kein Interesse, so bedarf es nach § 326 Absatz 2 gar nicht einmal der Bestimmung einer Nachfrist, um die Rückforderungsklage zu begründen.[3])

Für letztwillige Auflagen dagegen erwähnt § 2196 als Voraussetzung der Rückforderungsklage nur die ersten beiden der oben genannten Fälle.

Die Rückforderungsklage ist demnach einmal nur bei Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage infolge eines vom Beschwerten zu vertretenden Umstandes zulässig, wobei sich das Mass des Verschuldens ebenfalls nach § 275 Absatz 1 bestimmt,

und ferner, wenn der Beschwerte zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist. Hier kommt allerdings noch die Erschwerung gegenüber den Auflagen unter Lebenden hinzu, dass in diesem Falle die Rückforderungsklage nur dann gegeben ist, wenn die Erfüllung der Auflage durch einen Dritten nicht vollzogen werden kann[4])

[1]) Diese kann auf Antrag des Klägers gemäss § 255 Absatz 2 C.P.O. sofort im Urteil, das auf Grund der Erfüllungsklage ergeht, festgesetzt werden.

[2]) Ob und wann Verzug vorliegt, bestimmt sich nach den §§ 284, 285.

[3]) Für den Fall, dass der Eintritt des Erfolges von Anfang an ungewiss ist und der Schenker dies gewusst hat, oder dass der Schenker den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat, erklärt Feigel, Auflage, Seite 60, nicht mit Unrecht § 815 für analog anwendbar, demzufolge die Rückforderungsklage also unzulässig wäre.

[4]) Kann dagegen die Auflage auch durch einen Dritten vollzogen werden, so ist der Kläger — eine der nach § 2194 klag-

und die zulässigen Zwangsmittel erfolglos gegen den Beschwerten angewendet worden sind. Was den Begriff „zulässige" Zwangsmittel anbetrifft, so kommt, da vorausgesetzt ist, dass die Leistung durch einen Dritten nicht vollzogen werden kann, der § 888 C.P.O. in Betracht, der als Zwangsmittel Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mark oder Haft benennt. Durch die Bestimmung des § 2196, dass die Erfolglosigkeit dieser „zulässigen Zwangsmittel" die Geltendmachung der Rückforderungsklage rechtfertigt, ist in sehr zweckmässiger Weise die Möglichkeit beseitigt, dass der Beschwerte durch Zahlung der höchsten Geldstrafe des § 888 C.P.O. sich von der Verpflichtung zur Erfüllung der möglicherweise noch höheren Auflage befreien könnte. Auch wird diese Regelung den Absichten des Erblassers entsprechen, dem es meistens doch mehr auf die Erfüllung der Auflage als darauf ankommen wird, dass dem Beschwerten nur eine Geldstrafe auferlegt wird. Zur Geltendmachung des Rückforderungsrechtes genügt es meines Erachtens, dass schon die Verhängung einer einzigen Geldstrafe nicht geeignet ist, den Schuldner zur Vornahme der Handlung anzuhalten.[1])

Der Ausdruck des § 2196 „zulässige Zwangsmittel" zeigt uns, dass da, wo überhaupt keine Zwangsmittel zur Erzwingung der Leistung vom Gesetze gegeben sind, z. B. bei Auflagen auf Eingehung einer Ehe, Herstellung des ehelichen Lebens, Leistung von Diensten (§ 888 Absatz 2 C.P.O.), zur Begründung der Rückforderungsklage gemäss

---

berechtigten Personen oder der Testamentsvollstrecker — gemäss § 887 Absatz 1 C.P.O. auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.

[1]) Der § 890 C.P.O. ist bei Feststellung des Begriffes „zulässige Zwangsmittel" nicht anwendbar, meines Erachtens weniger deshalb, weil in diesem Paragraph nicht von Zwangsmitteln, sondern von Strafen die Rede sei, sondern weil bei den im § 890 C.P.O. vorgesehenen Fällen — Unterlassen einer Handlung, oder Dulden einer solchen — eine „Verwendung der Zuwendung zur Vollziehung der Auflage" nicht stattfindet, was § 2196 aber voraussetzt.

§ 2196 Absatz 2 rechtskräftige Verurteilung auf Erfüllung der Auflage genügt.[1])

Der Fall des Verzuges als eventuelle Voraussetzung der Rückforderungsklage wird bei letztwilligen Auflagen nicht erwähnt.

Jedenfalls kennen die §§ 527, 2196 als Voraussetzung des Rückforderungsrechtes nur ein Verschulden des Beschwerten.

Wenn die Erfüllung der Auflage nur teilweise unmöglich wird, so bleibt es wesentlich Tatfrage, bei Auflagen unter Lebenden nach §§ 325 Absatz 1, 326 Absatz 1[2]) von dem Nochvorhandensein eines Interesses an der teilweisen Erfüllung abhängig, ob die teilweise Unmöglichkeit der Leistung dazu berechtigt, den ganzen Betrag, der zur Auflage hätte verwendet werden müssen, zurückzufordern; andernfalls wäre das Rückforderungsrecht nur bezüglich des unmöglichen Teiles zulässig — sofern die Auflage überhaupt inhaltlich als teilbar behandelt werden kann[3]) — wenngleich der § 527 nicht sagt: Soweit die Vollziehung der Auflage unterbleibt.

Auch bei letztwilligen Auflagen wird unter Umständen bei Berücksichtigung des Willens des Erblassers und dessen Interesses an der Erfüllung auch eine teilweise Unmöglichkeit als eine genügende Voraussetzung der Rückforderungsklage gemäss § 2196 anzusehen sein, wenngleich es auch hier nur heisst: „Wird die Vollziehung der Auflage . . . unmöglich".

Der Umfang des Rückforderungsrechtes ist dem gemeinen Recht und preussischen Landrecht gegenüber, die ihn auf den ganzen Betrag der Zuwendung erstreckten[4]), wesentlich eingeschränkt.

---

[1]) Vgl. über die eventuelle Anwendbarkeit des § 2195 unten Seite 102 ff.

[2]) Die gemäss § 527 („unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen") anwendbar sind.

[3]) Heuser, Rechte des Schenkers etc., Dissert., Seite 40.

[4]) Cod. 4, 6 c. 8, 10; § 154 A.L.R. I, 4; § 510 I, 12.

Nach §§ 527, 2196 erstreckt sich die Rückforderung nämlich nur auf den Betrag der Zuwendung, „der zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen". Den überschiessenden Betrag lukriert der Beschwerte also selbst dann, wenn er absichtlich d. h. vorsätzlich die Erfüllung der Auflage vereitelt. Andererseits wird die Rückforderung der Auflage dann ausgeschlossen sein, wenn die Leistung einen Vermögensaufwand nicht verlangt,[1]) was z. B. bei Unterlassungen gewöhnlich der Fall ist.[2])

In dem durch § 2196 beschränkten Umfange unterliegt der Anspruch gemäss §§ 527, 2196 den Rechtsgrundsätzen der Kondiktionen. Es ist also nur die tatsächliche Bereicherung herauszugeben, eventuell deren Wert (§ 818 Absatz 2, 3), nach § 818 Absatz 1 auch eventuell Nutzungen und Surrogate, wie schon nach D. 12, 4 fr. 7 § 1. Auch § 820 kommt bezüglich der Haftung des Beschwerten zur Anwendung.

Der Gegenstand der Rückforderungsklage ist, wie das allgemein gehaltene Wort „Geschenk" des § 527 und „Zuwendung" des § 2196 besagen, sowohl der Gegenstand der Zuwendung selbst als eventuell auch deren Wert.

Ist die Auflage, wie das in der Regel zu sein pflegt, kleiner als die Zuwendung,[3]) so ist Rückgabe des Gegenstandes in specie, „soweit er zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen", natürlich nur bei Teilbarkeit nach dem Verhältnis des Wertes der Auflage zu dem der Zuwendung zulässig. Bei Unteilbarkeit des Gegenstandes müsste Erstattung des entsprechenden Wertes eintreten.

Indessen kann es nicht in die Wahl des Beschwerten gestellt sein, entweder die Zuwendung oder deren Wert

[1]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. zu § 527; Planck, Kommentar, Anm. 4 zu § 527; Crome, Part. Rechtsgeschäfte, Seite 534 Anm. 11, und Bürg. Gesetzb. § 232 Anm. 44.

[2]) Über die Möglichkeit einer Rückforderung auch in diesen Fällen vgl. unten Seite 102 ff.

[3]) Darüber, dass sie auch grösser, oder mindestens gleich gross sein kann, vgl. § 3 der Darstellung.

zurückzuerstatten. Vielmehr ist grundsätzlich Rückgabe in specie zunächst geboten. Auch kann es nicht in das Belieben des Klägers gestellt sein, schon bei Erhebung der Klage die Wahl in dem einen oder anderen Sinne zu treffen. Vielmehr wird, wenn er in der Klage nur den Antrag auf Erstattung des Wertes stellt, zur Begründung seines Antrages die Unmöglichkeit der Rückgabe in specie behaupten müssen, was er nicht braucht, wenn er zunächst auf Rückgabe des zugewendeten Gegenstandes klagt. Das nachträgliche Verlangen des Wertes wegen Unmöglichkeit der Rückgabe in specie bleibt ihm unbenommen (§ 268 Ziffer 3 C.P.O.).

Da wir, wie oben[1]) näher dargelegt ist, die Meinung vertreten, dass gegebenfalls die Auflage an Wert grösser sein kann, als die Zuwendung, so ist hier auch die Frage aufzuwerfen, welcher Betrag in einem solchen Falle Gegenstand der Rückforderungsklage aus §§ 527, 2196 ist. Es kann dies nur der mit der Zuwendung sich deckende Betrag der Auflage sein. Der darüber hinausgehende Betrag kann dagegen nicht verlangt werden; denn nur insoweit, als das Geschenk oder die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätten verwendet werden müssen, sollen sie herausgegeben werden.

Bezüglich der klagberechtigten Personen besteht ein Unterschied zwischen Auflagen bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen, der durch die Verschiedenheit der Natur der zugrunde liegenden Zuwendungen bedingt ist.

Bei Auflagen unter Lebenden ist der Schenker oder dessen Rechtsnachfolger rückforderungsberechtigt, bei letztwilligen Auflagen „derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde", also, wenn ein Vermächtnis mit einer Auflage beschwert und ein Ersatzvermächtnisnehmer bestellt ist, dieser, und nicht der Erbe. Jedenfalls hat der Erbe als solcher nicht

[1]) Vgl. § 3 der Darstellung.

die Rückforderungsklage,[1]) sondern nur dann, wenn er gleichzeitig der ist, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde.

Dass gerade diese Person als klagberechtigte genannt ist, hat seinen Grund darin, dass diese den in § 2196 genannten Betrag ohne die Belastung — da ja die Erfüllung der Auflage unmöglich ist — erwirbt und infolge dieses ihres eigenen Interesses ein wachsames Auge auf den zunächst Beschwerten haben wird. Andererseits wird das Bewusstsein des zunächst Beschwerten, von seinem Verschulden nicht nur Schaden zu haben, sondern geradezu einem Dritten noch Vorteil zu bringen, Garantie für die dem Willen des Erblassers entsprechende Erfüllung der Auflage bieten. Ein ähnlicher Gedanke liegt der Bestimmung des Absatz 2 des § 2196 zugrunde.

Der Testamentsvollstrecker kann als Rückforderungsberechtigter für den Fall des § 2196 meines Erachtens nur insoweit in Betracht kommen, als er Herausgabe des in § 2196 verlangten Betrages nicht an sich selbst, wohl aber an den in § 2196 genannten Berechtigten verlangen kann. Innerhalb dieser Grenze aber kann das Recht des Testamentsvollstreckers unbedenklich zugelassen werden. Denn auch insoweit „bringt er die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung“ (§ 2203).

Der Fall des § 527 Absatz 2, wonach das Rückforderungsrecht des Schenkers hinter dem Anspruche des dritten Begünstigten auf Erfüllung zurücktritt, sodass in einem solchen Fall niemand, auch nicht der Dritte die condictio aus § 527 hat, ist für letztwillige Auflagen mangels eines Forderungsrechtes des Dritten nicht vorgesehen. Der Sache selbst wird diese Ausnahme nichts schaden, da es doch vollkommen von dem Willen und der Absicht des Schenkers abhängt, ob der Dritte selbständig forderungsberechtigt ist oder nicht. Verzichtet der Dritte auf die

[1]) Wohl aber das Recht, die Vollziehung dér Auflage zu verlangen (§ 2194)!

Erfüllung der Auflage, so dürfte der Absatz 2 des § 527 der Geltendmachung des Rechtes aus Absatz 1 des Paragraphen nicht mehr im Wege stehen. Nur genügt es nicht, dass der Dritte die Erfüllungsklage zu erheben versäumt oder verzögert.[1])

Die Frage, ob neben der Rückforderungsklage die Erfüllungsklage bestehen bleibt, möchte ich für letztwillige Auflagen verneinen. Denn für den Fall des Satzes 1 kann sie deshalb nicht Platz greifen, weil dann Erfüllung nicht mehr möglich ist. Im Falle des Absatzes 2 dagegen ist die Erfüllungsklage, ich möchte sagen, die Voraussetzung der Rückforderungsklage.

Bei Auflagen unter Lebenden dagegen ist bei der Fassung des § 527 das Nebeneinanderstehen von Erfüllungs- und Rückforderungsklage nicht ausgeschlossen.

b. Auf Seite 98, 99 ist darauf hingewiesen, dass der § 2196 nicht alle eine Rückforderungsklage erfordernden Fälle zu umfassen imstande ist. In den von diesem Paragraphen nicht getroffenen Fällen kommen folgende Grundsätze zur Anwendung.

Bei letztwilligen Auflagen ermöglicht der dispositive Charakter des § 2196, dem Willen des Zuwendenden nach zwei Richtungen hin Wirksamkeit zu verschaffen.

Einmal kann der Erblasser die Auflagepflicht derart begründen, dass der Beschwerte auch bei verschuldeter Unmöglichkeit die Zuwendung behalten soll, wofür natürlich dem Beschwerten der Beweis obliegt.[2]) Crome[3]) weist hierbei nicht unangebrachter Massen auf § 2085 hin.

Ferner bestimmt der § 2195, dass die Rückforderung sich auch auf die ganze Zuwendung erstrecken könne, wenn nämlich anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht hätte, also wenn die Auflageerfüllung den vorwiegenden Zweck der Zu-

[1]) Crome, Bürg. Gesetzbuch, § 232 Anm. 41.
[2]) Endemann, Bürg. Gesetzbuch, III § 73 Anm. 30.
[3]) Part. Rechtsgeschäfte, Seite 534.

wendung bildet. Wir finden hier also einen justinianischen Gedanken wieder.

Dies wird namentlich dann zu berücksichtigen sein, wenn eine einen Vermögensaufwand nicht verursachende Unterlassung den Inhalt der Auflage bildet, so dass bei einem Zuwiderhandeln die Erfüllung der Auflage unmöglich wird, so z. B. in Schollmeyers[1]) Beispiel: „Jemand vermacht 10 000 Mark mit der Auflage, dass der Bedachte die Anzeige eines von einem nahen Verwandten des Schenkers begangenen Diebstahls unterlasse". Man wird hier allein auf Grund des § 2195 zu einem befriedigenden Resultat kommen. Denn § 2196 Absatz 2 kann hier, mangels einer Verwendung der Zuwendung zur Erfüllung der Auflage, nicht in Frage kommen. Die Erfüllungsklage ist in solchen Fällen zum mindesten völlig unpraktisch, wenn nicht unmöglich.

Bei Auflagen unter Lebenden hat allerdings der § 527 ebenfalls nur dispositiven Charakter.[2]) Eine ausdrückliche Bestimmung wie § 2195 ist bei Schenkungen allerdings nicht aufgenommen. Indessen wird in Fällen, die dem letztgenannten ähneln oder in denen der Belastete arglistig die Unmöglichkeit der Auflage verschuldet hat, wobei er bei alleiniger Anwendung des § 527 den den Betrag der Auflage übersteigenden Teil der Zuwendung lukrieren würde, zu erwägen sein, ob nicht die Zurückbehaltung des Geschenkes dem Willen des Schenkers widerspricht und man nicht doch Rückgabe des ganzen Geschenkes verlangen könnte.

Crome[3]) sucht für solche Fälle die Rückforderung des ganzen Geschenkes aus „allgemeinen Grundsätzen" zu rechtfertigen.

---

[1]) Recht der Schuldverhältnisse, S. 34: Dort ist das Beispiel allerdings für Auflagen unter Lebenden gefasst; es kann aber ebenso gut auch für Auflagen bei Verfügungen von Todes wegen gebildet werden.

[2]) Planck, Kommentar, Anm. II zu § 527; Crome, Part. Rechtsgeschäfte, Seite 537.

[3]) Bürgerliches Gesetzbuch § 232.

Meines Erachtens kann man mit vollem Recht die Rückforderungsklage in solchen Fällen auf § 812 Absatz 1 Satz 2 stützen. Da es sich hierbei natürlich nur um eine „entsprechende Anwendung" handelt, so findet eine Verschiebung des Begriffes „Auflage" nach dem der „Zweckgabe" hin infolge der Anwendung dieses Paragraphen nicht statt. Einer „entsprechenden Anwendung" des § 812 steht also nichts im Wege. Es kann deshalb auf ihn in den obengenannten Fällen eine Klage auf Herausgabe des „ganzen" Geschenkes gestützt werden. Aber auch hier kommt es, wie in § 2195, wesentlich auf eine dem Einzelfall zu überlassende Berücksichtigung des jeweiligen Willens des Schenkers an.[1])

Dass besondere Abreden zulässig sind, nach denen Nichterfüllung der Auflage, gleichgiltig ob verschuldet oder unverschuldet, stets Unwirksamkeit der Schenkung nach sich ziehen sollte, kann keinem Zweifel unterliegen.

c. Es erübrigt noch den bereits oben gestreiften Fall der von Anfang an bestehenden, oder nachträglich eintretenden vom Beschwerten aber nicht verschuldeten Unmöglichkeit einer Auflage einer näheren Untersuchung zu unterziehen.

Bei letztwilligen Auflagen ist für die in Frage stehenden Fälle der Unmöglichkeit die Anwendbarkeit des § 2196 bei der klaren Bestimmung: „wird die Vollziehung der Auflage infolge eines vom Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich", ausgeschlossen.

[1]) Die Behauptung Dernburgs (Bürg. Recht, II § 210), dass die Zulassung dieser Kondiktion nach § 812 Absatz 1 dem „Grundgedanken" des § 527 widerstreite, kann angesichts des, auch von Dernburg anerkannten, dispositiven Charakters des § 527 nicht als zutreffend anerkannt werden. Endemann (Bürg. Gesetzbuch, I § 164 Anm. 21) vermeidet alle Streitfragen, indem er in solchen Fällen einfach den § 2195 analog anwenden will.

Natürlich wird der Charakter der Auflage als einer selbständig neben der Schenkung stehenden Verfügung (oben § 1 II. a) dadurch nicht beeinträchtigt.

Gerade hierfür kommt aber der § 2195 in Betracht. Der farblose Ausdruck dieses Paragraphen: „die Unwirksamkeit der Auflage“ besagt, dass das Gesetz hierbei kein Gewicht darauf legt, ob die Nichterfüllung der Auflage verschuldet ist oder nicht. Weniger auf die Art der Unwirksamkeit kommt es hierbei an, als auf die Bedeutung, die der Erblasser der Auflage im Vergleich zu der Zuwendung beilegt. Dies zeigt sich auch in dem Umfange der Unwirksamkeit der Zuwendung, der sich nicht nur auf den zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Betrag erstreckt.

Bei von vornherein vorhandener, oder nachträglicher, vom Beschwerten nicht verschuldeter Unmöglichkeit der Auflage bleibt die Zuwendung demnach vollwirksam, wenn nicht eine besonders darauf gerichtete Erklärung des Erblassers vorliegt, oder sonst „anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht hätte“. Dann wird die Zuwendung aber auch in ihrem ganzen Umfange unwirksam.

Nach diesen Gesichtspunkten ist auch der Fall zu entscheiden, dass ein Dritter die zur Vollziehung der Auflage erforderliche Mitwirkung versagt, da § 2076 in einem solchen Fall nicht zur Anwendung kommen kann.

Bei Auflagen unter Lebenden wird im Falle der von vornherein bestehenden (§ 306), und der nachträglich eintretenden, unverschuldeten (§ 275) Unmöglichkeit nach den soeben angeführten Paragraphen die Schenkung grundsätzlich nicht hinfällig. Denn die Nichterreichung eines Nebenzweckes, um die es sich bei Nichterfüllung der Auflage doch handelt, rechtfertigt nicht die unbedingte Anwendbarkeit des § 139, lässt vielmehr die Möglichkeit, dass die Parteien das Hauptgeschäft eventuell auch ohne den nichtigen Teil gewollt haben, als die Regel erscheinen.[1])[2])

[1]) Dernburg, Bürg. Recht, II § 210; Crome, Part. Rechtsgeschäfte, Seite 535.

[2]) Der § 323 kann hier mangels des Vorliegens eines gegenseitigen Vertrages nicht in Betracht kommen.

Wenn hingegen mit gutem Grunde anzunehmen ist, dass das Hauptgeschäft nicht ohne den nichtigen Teil gewollt ist, steht der Anwendung des § 139 nichts im Wege, es könnte also doch auch Unwirksamkeit der ganzen Schenkung wie bei letztwilligen Auflagen eintreten. Dagegen kann man nicht, wie Lammfromm[1]) es tut, aus § 305 die stets eintretende Nichtigkeit der ganzen Zuwendung folgern, diese also für alle Fälle als Regel erheben. Es ist dies einer der Abwege, auf welche die Theorie der donatio sub modo als eines gegenseitigen Vertrages führt.

Nach denselben Gesichtspunkten ist die Frage nach den Wirkungen der Nichtigkeit einer Auflage, die gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, zu behandeln.

Verstösst die Auflage gegen die guten Sitten, so sind die nämlichen Grundsätze massgebend, ausserdem aber ist noch in Erwägung zu ziehen, ob nicht mit der unsittlichen Auflage dem ganzen Geschäft, der Schenkung oder der zugrunde liegenden Verfügung von Todes wegen, der Charakter eines unsittlichen gegeben wird. Dann würde natürlich auch die ganze Zuwendung selbst nach § 138 nichtig sein.[2])

d. Im Anschluss hieran ist noch eine besondere Art der Rückforderung einer donatio sub modo wegen Nichterfüllung des modus „neben" der condictio zu erwähnen. Justinian gab durch c. 10 Cod. 8, 55 dem Schenker ein höchstpersönliches (usque ad primas personas tantummodo stare censemus) Widerrufsrecht für den Fall verschuldeter Nichterfüllung des modus (si donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut . . . quasdam conventiones, ... quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit), das ein obligatorisches Rückforderungsrecht erzeugte. Schon die blosse Nichterfüllung der Auflage sollte demnach eine derartige Unbill gegenüber dem Schenker darstellen, dass hier eine

[1]) Teilung etc., Seite 166.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 5 zu § 525.

actio vindictam spirans auf Rückgabe gerechtfertigt erschien. Damit ist aber die condictio wegen Nichterfüllung der Auflage nicht beseitigt worden.

Der Code civil hat in art. 953 denselben Gedanken wiedergegeben: la donation entre-vif ne pourra être révoquée pour cause d'inexécution des conditions (= Auflagen) sous lesquelles elle aura été faite, allerdings ohne hierbei den Undank als Grund anzugeben.

Trotz der Nichtaufnahme dieses besonderen Falles des Undankes ist im Bürgerlichen Gesetzbuch angesichts der Tatsache, dass entgegen dem ersten Entwurf eine Aufzählung der besonderen Undanksgründe unterblieben ist, auch für dieses nicht ausgeschlossen, dass gegebenenfalls auch heute noch in der Nichterfüllung der Auflage ein grober Undank gegen den Schenker im Sinne des § 530 gesehen werden könnte,[1]) wobei man allerdings einen strengeren Massstab anlegen muss als das justinianische Recht. Der auf Grund dessen erfolgte Widerruf ergreift gemäss § 530 Absatz 1 die ganze Schenkung, nicht nur den zur Erfüllung der Auflage erforderlichen Teil. Dadurch und durch die nicht unbedingte Vererblichkeit des Rechtes unterscheidet sich dieser Fall der Rückforderung wegen Verschuldens des Belasteten von dem in § 527 geregelten.

Eine derartige Form der Rückforderung, besser gesagt der Entziehung der Auflage ist bei letztwilligen Auflagen nicht anerkannt. Die Normen über Erbunwürdigkeit, an die man hier zunächst denken könnte, finden keine Anwendung, da sie nur den Erbschaftserwerb oder den Erwerb auf Grund eines Vermächtnisses oder Pflichtteils-

[1]) Pantenburg (Rechte des Schenkers, Seite 53) führt als Beispiel des Undankes sehr richtig den Fall der Nichterfüllung einer auf Gewährung von Unterhalt gehenden Auflage an. Damit ist die Gewährung der rei vindicatio utilis im römischen Recht zu vergleichen. Auch die Nichterfüllung einer auf ein Unterlassen gerichteten Auflage kann gegebenfalls sehr zweckmässig nach § 530 beurteilt werden.

rechtes betreffen. Ferner fällt der Fall des Undanks nicht unter § 2196 Absatz 1. Indessen ist man in solchen Fällen doch nicht machtlos. Vielmehr kommt gerade jetzt der § 2195 in Betracht. Denn der Ausdruck „die Unwirksamkeit der Auflage" deckt auch den Fall der Nichterfüllung der Auflage infolge groben Undankes. Dass in solchen Fällen „anzunehmen ist, dass der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht hätte" wird keinem Bedenken unterliegen. Da die unter der Auflage gemachte Zuwendung alsdann unwirksam ist, unterliegt sie der Rückforderung und zwar, darauf ist hier das Hauptgewicht zu legen, in ihrem ganzen Umfange. Das Resultat ist also im wesentlichen dasselbe wie bei Auflagen unter Lebenden.

Schluss.

Im Laufe unserer Darstellung haben wir Gelegenheit gehabt, im einzelnen auf die Punkte aufmerksam zu machen, in denen die Auflage bei Schenkungen von der bei Verfügungen von Todes wegen abweicht. Die Abweichungen lassen sich in zwei verschiedene Gruppen einteilen.

Die eine Gruppe ist auf die bereits in der Definition hervorgehobene Abweichung bezüglich des Rechtes des begünstigten Dritten und mit dieser darauf zurückzuführen, dass das Gesetz damit weniger einen Unterschied der Auflage von Todes wegen von der unter Lebenden, als vielmehr von dem Vermächtnis zu erreichen strebt. Denn wenn es überhaupt den Begriff der letztwilligen Auflage gegenüber dem des Vermächtnisses aufrechterhalten wollte, so musste es auch einen Unterschied zwischen diesen beiden Rechtsgeschäften statuieren. Der einzige Punkt, der bei der Auflage hierbei eine vom Vermächtnis abweichende Regelung vertrug, war nun die eventuelle Berechtigung des Dritten. Will das Gesetz dabei auch nicht in erster Linie eine Verschiedenheit zwischen den beiden Arten der Auflage statuieren, so zieht doch das Ausbiegen nach der einen Seite zur Vermeidung einer Berührung und Vermischung des Begriffes „Auflage“ mit dem des Vermächtnisses eine Abweichung auch von der Auflage bei Schenkungen als unvermeidliche Folge nach sich. Dass diese Normierung über ihren ursprünglichen Zweck hinausgeht, ist nicht zu leugnen.

Die zweite Gruppe der Abweichungen beruht nicht auf der Absicht des Gesetzes, einen Unterschied der Auflage von anderen ähnlichen Rechtsgeschäften zu normieren. Diese hat ihren Grund vielmehr in der prinzipiellen Verschiedenheit des Charakters der einen Art der Auflage als einer Verfügung von Todes wegen, der anderen als einer Verfügung unter Lebenden. Die Rechte und Pflichten, die aus einer Auflagenanordnung entstehen, die Personen, die Bestimmung derselben oder die Bestimmung der Leistung sind Normen unterworfen, die ebenso wie sie bei einem Vermächtnis andere sind, als bei einem Darlehen oder einer Schenkung, ebenso auch andere sind und naturgemäss auch andere sein müssen bei letztwilligen Auflagen wie bei den unter Lebenden.

Mag demnach auch der Name für diese eigenartigen Rechtsgeschäfte der nämliche sein, von einem „einheitlichen Begriffe Auflage" kann im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht gesprochen werden, sondern stets nur von einer „Auflage bei Schenkungen" und einer „Auflage bei Verfügungen von Todes wegen". Es erscheint demnach nicht ganz unbedenklich, eine einheitliche Definition des Begriffes „Auflage" aufzustellen, wenngleich man einer solchen doch nicht ganz entraten kann.

Literaturübersicht.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart, 14. Aufl., 1874.
Baron, Pandekten. Leipzig, 9. Auflage, 1896.
Bekker, System des heutigen Pandektenrechtes. Weimar 1886.
Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des B.G.B. Breslau 1898.
Benner, Über die donatio sub modo nach gemeinem Recht. Halle 1888.
Böcking, Einleitung in die Pandekten. Bonn 1853.
Boehm, Das Erbrecht des B.G.B. Hannover, 2. Auflage, 1900.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 4. Erlangen, Leipzig, 2. Auflage, 1892.
Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe von Fischer-Henle. 3. Auflage, 1899.
Corpus iuris civilis, Ausgabe: Mommsen, Krüger, 1899.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürg. Rechtes. Jena 1898.
Crelinger, System des preussischen Erbrechts. Breslau 1834.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i/B. 1897.
„ Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen, Leipzig 1902.
Czyhlarz, Institutionen. Wien, 4. Auflage, 1899.
Dernburg, Deutsches bürgerl. Recht. Halle a/S. 1898—1902.
„ Pandekten. 5. Auflage, 1896.
„ Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Halle, 1879.
Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte. Freiburg i/B. 1896.
Endemann, Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin, 7. Auflage, 1900.
Engelmann, Das preussische Privatrecht. Breslau, 3. Auflage, 1887.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg, 2. Auflage, 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen. Bd. 18, 19, 21, 23, 24.
Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Bd. II, V.
Erxleben, Die condictiones sine causa. Bd. II, Göttingen 1853.

Feigel, Die Auflage (Dissertation). Ansbach 1898.
Ferrini, Diritto Romano. Milano 1898.
„ Manuale di Pandette. Milano 1900.
Fischer, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes. Berlin, Leipzig 1887.
Foerster-Eccius, Theorie und Praxis des gemeinen preussischen Privatrechtes. Berlin, 4. Auflage, 1880.
Foertsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des B.G.B. Berlin, 2. Aufl., 1899.
Frommhold, Das Erbrecht des B.G.B. (im Kommentar von Biermann, Blume etc.). Berlin 1900.
Girard, Droit Romain. Paris, III. Ed., 1901.
Glück, Erläuterungen der Pandekten, Teil IV.
Gradenwitz, Über den Begriff der Voraussetzung (Dissertation). Berlin 1880.
Gruchot, Preussisches Erbrecht. Berlin 1866.
„ Beiträge etc. Bd. 26, 25.
Haidlen, Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. 1, 4, Stuttgart 1897.
Heuser, Rechte des Schenkers, wenn Vollziehung der Auflage unterbleibt (Dissertation). Rostock 1902.
Hipp, Über Rückforderung wegen Hinfalls des Zweckes (Dissertation). Göttingen 1889.
Hölder, Institutionen. Freiburg i/B., 2. Aufl., 1883.
Holtzendorff, Rechtslexikon. Leipzig, 2. Aufl., 1881.
Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik, I.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.
von Keller, Pandekten. Leipzig, 2. Aufl., 1866.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Jena 1900.
Koch, Allgemeines Landrecht, Kommentar. 8. Aufl., 1884.
„ Das Recht der Forderungen, II, III. Berlin 1840.
Kohler, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 12.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1898.
Lammfromm, Teilung, Darlehn etc. Leipzig 1897.
Lenel, im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 79.
Leonhard, Institutionen. Leipzig 1894.
Linde, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. 5.
Matthiae, Kontroversenlexikon. Leipzig 1856 ff.
Matthias, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Berlin 1899.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerl. Gesetzbuche. Leipzig 1900.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches, II, V.
Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzb. Berlin 1899.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Ortloff, in „Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 21".
Pantenburg, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt (Dissertation). Rostock 1901.
Pernice, Labeo, III, 2. Halle 1892; zit. Pernice, Labeo.
„ in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. 9.
Philler, Vorlesungen über das Bürgerl. Gesetzb. Leipzig 1899.
Planck, Das Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1900.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung (Achilles, Gebhard, Spahn), Band II.
Puchta, Pandekten. Leipzig, 11. Aufl., 1872.
„ Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig, 6. Aufl., 1873.
Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
Sarling, Die Schenkung mit Auflage nach gemeinem Recht. Leipzig 1898.
von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 4. Berlin 1840/41.
Scherer, Bürgerl. Recht in „die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen". Erlangen 1900.
Scheurl, Beiträge, II. Erlangen 1871.
Schollmeyer, Recht d. einzelnen Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Serafini, Istituzioni di Diritto Romano. Modena, 7. ed., 1899.
Seufferts Archiv, Bd. 5, 6, 18, 26, 27.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. I, III. Leipzig 1844/51.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. II, V. München 1901/02.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Berlin 1896 und 1901.
Thibaut, System des Pandektenrechts. 8. Aufl., Jena 1834.
Unterholzner, Schuldverhältnisse, II. Leipzig 1840.
Voigt, Über Condictiones ob causam. Leipzig 1862.
Weiske, Rechtslexikon, Bd. 2, 7. Leipzig 1847.
Wendt, Reurecht und Gebundenheit. Erlangen 1878.
Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.
„ -Kipp, Pandekten. 8. Aufl., 1891.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, IV. 1895.

Inhalt.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Begriff der Auflage und seine Geschichte 4
I. Geschichte 4
II. Bürgerliches Gesetzbuch 21
a. Begriff 21
b. Stellungnahme zu den früheren Theorien über den modus 28
c. Über den modus simplex nach B.G.B. 29

§ 2. Rechtsverhältnis zwischen Auflage und Zuwendung . . . 31
I. Geschichtliches 31
II. Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches 35

§ 3. Wertverhältnis zwischen Auflage und Zuwendung . . . 40
I. Bei letztwilligen Auflagen 40
II. Bei Auflagen unter Lebenden 45

§ 4. Die Personen, die bei einer Auflage in Betracht kommen 48
I. Wer kann eine Auflage anordnen? 48
II. Wer mit einer Auflage belastet werden? 49
III. Wem kann eine Auflage zugute kommen? 53

§ 5. Gegenstand der Auflage 58

§ 6. Erfüllungsklage 77
I. Geschichtliche Entwicklung 77
II. Bürgerliches Gesetzbuch 84

§ 7. Rückforderungsrecht bei Nichterfüllung der Auflage . . 88
I. Geschichtliche Entwicklung 88
II. Bürgerliches Gesetzbuch 95
a. Die beiden §§ 527 und 2196 95
b. Erweiterung des durch §§ 527 und 2196 gewährten Schutzes, insbesondere der § 2195. 102
c. Behandlung der anfänglichen und der nachträglich eintretenden, vom Beschwerten nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Auflage. 104
d. Widerruf der donatio sub modo 106

Schluss 109

Lebenslauf.

Am 26. Oktober 1880 wurde ich, Eberhard Neugebauer, als Sohn des Professors Dr. phil. Paul Neugebauer und seiner Ehefrau Valesca geb. Groetschel in Breslau geboren. Nach Besuch der Vorschule des Realgymnasiums zum heiligen Geist zu Breslau trat ich Ostern 1891 in die Sexta des Königlichen St. Matthiasgymnasiums in Breslau ein und verliess dieses Ostern 1900 mit dem Zeugnis der Reife. Darauf studierte ich sechs Semester an der Universität Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. Ich hörte hierbei die Vorlesungen der Herren Dozenten:

Baeumker, Brie, Bruck, Dahn, Fischer, Gretener, Jacobi, Jörs, Kleineidam, Leonhard, Manigk, Naendrup, Sombart, Wolf,

denen ich an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank ausspreche.

Am 18. Juni 1903 bestand ich vor dem Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Prüfung, und am 23. Juni 1903 das examen rigorosum. Am 30. Juni 1903 wurde ich bei dem Königlichen Amtsgericht zu Winzig, woselbst ich meinen Vorbereitungsdienst begann, als Referendar vereidigt. Zurzeit bin ich an dem Königlichen Landgericht zu Breslau beschäftigt.